VEZIO CRISAFULLI

BIBLIOTECA UCM
530919018X

STATO POPOLO GOVERNO

ILLUSIONI E DELUSIONI COSTITUZIONALI

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1985

ISBN 88-14-00651-2

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.a., Milano
La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), sono riservati per tutti i Paesi.

(1985) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

PRESENTAZIONE

Gli scritti, pubblicati nell'arco di un trentennio, selezionati a formare la presente silloge hanno tutti esplicito od implicito riferimento allo Stato e alla sua crisi; tutti, ad eccezione soltanto di quello (del 1952) sulle norme costituzionali « programmatiche», che propriamente atterrebbe alla teoria delle fonti, ma che l'autore non ha saputo rinunciare ad includervi, memore dell'influenza che ebbe ad esplicare sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale allora in corso in ordine all'efficacia da riconoscere a norme siffatte nei rapporti con la legislazione anteriore, tanto più che le conclusioni cui perveniva furono sostanzialmente accolte dalla prima (n. 1 del 1956) decisione della neo-istituita Corte costituzionale. Un contributo, pertanto, anch'esso, alla concreta realizzazione del nuovo ordinamento repubblicano.

A parte ciò, la raccolta che segue — pur nella sua dichiarata incompletezza e palese disorganicità (accanto ad altri, più ampiamente elaborati, vi si incontrano scritti brevissimi e d'occasione, che costituiscono nel loro insieme quasi una sorta di appendice — ma un'appendice critica) — rispetta fedelmente l'omogeneità della materia assunta ad oggetto. Lo Stato, dunque; e, per cominciare, lo Stato in una prospettiva di teoria generale (anche se l'accento cade pur sempre in particolare sullo Stato italiano e le sue vicende): lo Stato nel suo nesso imprescindibile con il popolo, che ne costituisce la sostanza vivente e la ragion d'essere, senza del quale l'organizzazione governante si ridurrebbe a mera astrazione (un guscio vuoto e, nella migliore delle ipotesi, un meccanismo giuridico fine a sé stesso). Lo Stato-comunità, perciò, nella sua continuità storica, che permane oltre il mutare dei regimi politici e dei relativi ordinamenti giuridici, oltre ogni mutamento quantitativo della popolazione ed ogni variazione territoriale, grande o piccola che sia: finché (e purché) resti fermo quel vincolo politico unitario, che fa assurgere una collettività a popolo di uno Stato, contrassegnandone l'identità. Per passare subito dopo alla nostra Repubblica, che possiamo considerare paradigmatica di quello

Stato contemporaneo, che vorrebb'essere sviluppo e superamento dello « Stato moderno », del quale porta alle estreme conseguenze le forme, in largo senso partecipative, *e così gli istituti rappresentativi, affiancati ed integrati da istituti di democrazia diretta, ed esprime il tentativo di combinarne la figura originaria di « Stato di diritto » con i non ben precisati lineamenti di uno « Stato sociale », proposto a modello di futura realizzazione, mantenendo fermo ad un tempo, ed anzi estendendo e rafforzando, il principio di legalità (quasi tutte le costituzioni sorte in questo dopoguerra sono di tipo « rigido » e prevedono a propria garanzia organi di giurisdizione costituzionale...).*

È generalmente riconosciuto, peraltro, anche da quella classe politica che, per anni, mostrava di non accorgersene, che la nostra Repubblica, circondata al suo nascere da tante generose aspettative, è travagliata ormai da una crisi profonda, che non si restringe soltanto al funzionamento del sistema di governo (al problema, come oggi si suol dire, della governabilità) ma investe — senza dubbio — i più diversi settori della vita associata e le molteplici istituzioni che dovrebbero cementarla ed assicurarne l'unità.

Crisi politico-istituzionale, economica, del costume: alla disgregazione e alla delegittimazione dei poteri costituzionali corrisponde un clima di sfiducia e di generale sospetto, di conflittualità permanente, di prevaricazione di gruppi, pubblici e privati, che, profittando dell'assenza di uno stabile centro di potere, sono riusciti ad assicurarsi (per quanto tempo ancora?...) posizioni dominanti.

Di tali aspetti, diversi ma — nel concreto — strettamente intrecciantisi tra loro, della grande crisi di cui siamo partecipi testimoni, l'autore ha preso in esame quasi esclusivamente (e spesso, anche sommariamente) quello istituzionale, che era più vicino ai suoi interessi di studioso. Se già alcuni dei saggi di data più remota (quello sul sistema parlamentare, per esempio, o l'altro sui partiti) ne accusano i primi riflessi, a tali aspetti, o più spesso a quelli che presentavano di volta in volta maggiore attualità, sono specificamente rivolti tutti i più recenti (che ben possiamo chiamare « minori », oltre che per le proporzioni, anche per l'impostazione), nei quali prevalente è l'accento polemico o l'intento divulgativo.

Di guisa che gli scritti compresi in questa silloge giungono a conclusioni non di rado divergenti, per la diversità delle situazioni storiche in cui rispettivamente si collocano, in qualche modo offrendo testimonianza dei problemi istituzionali cui hanno dato luogo, come pure, per la stessa evoluzione che naturalmente caratterizza lo svolgi-

mento del pensiero di un autore, specie in ordine a problemi del genere, che presentano un alto tasso di politicità: premesse, implicazioni e soluzioni dei quali sono da valutare nel concreto dell'esperienza reale.

E non a caso, perciò, essi sono ripubblicati nel testo originario, scrupolosamente immutato, con la sola eccezione di qualche sfoltimento nelle note del saggio di apertura, anche nei riferimenti legislativi e dottrinali e nel richiamo a prassi ormai superate dai fatti successivamente intervenuti.

Roma, estate 1985

VEZIO CRISAFULLI

I.

LA CONTINUITÀ DELLO STATO

Prolusione al Corso di Diritto pubblico generale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma, letta il 14 marzo 1963. Pubblicato in *Riv. di dir. internaz.*, XLVII (1964), n. 3, con numerose integrazioni e con l'aggiunta delle note, alcune delle quali ultime, di minore interesse attuale per il lettore italiano, sono state qui soppresse o ridotte.

1. Nel modo più netto, il concetto che il tempo costituisca uno tra i cosidetti « elementi costitutivi » dello Stato, che accanto a quella territoriale vi sia, cioè, una *dimensione temporale* dello Stato, è espresso dal Kelsen con queste parole: « Quando si dice che in un dato spazio non può esistere più di uno Stato, si intende manifestamente che nello stesso spazio non può esistere più di uno Stato nello stesso tempo. Si considera ovvio che, come lo dimostra la storia, due Stati diversi possano esistere uno dopo l'altro, almeno parzialmente, nell'ambito dello stesso spazio. Come lo Stato non è spazialmente infinito, così non è neppure temporalmente eterno » (1). A prima vista, a questa idea parrebbe diametralmente contrapporsi l'affermazione del nostro Santi Romano, per il quale, salvo eccezioni storicamente determinate (2), lo Stato ha invece il carattere della perpetuità, così che: « nel dubbio, per il carattere di perennità che, di regola, ha ogni Stato, la sua nascita è da retrodatare quanto più è possibile » (3).

Ma la distanza tra le due posizioni diminuisce molto, quando si consideri [a prescindere per il momento dalla diversa concezione dell'ordinamento statale rispettivamente accolta (4)] che quella del Romano si riferisce, dichiaratamente, al solo punto di vista del diritto interno, soluzioni diverse potendo, anche a suo avviso e com'è gene-

(1) *Teoria generale del diritto e dello Stato* (traduz. it. di S. Cotta e G. Treves della *General Theory of Law and State*, 1945), Milano 1952, p. 223; ma v. già, quasi con le stesse parole, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, p. 148.

(2) Il ROMANO faceva l'esempio dello Stato di Fiume, sorto nel 1920 con il dichiarato proposito di annettersi al Regno d'Italia (cfr. *Di una particolare figura di successione di Stati - A proposito dell'annessione di Fiume*, 1925, ora in *Scritti minori*, I, Milano 1950, p. 357 ss., nonché *Principii di diritto costituzionale generale*², Milano 1947, p. 75); oggi potrebbe forse addursi il caso della Repubblica federale tedesca, risultando espressamente stabilito nell'art. 114 *Grundgesetz* che tale Costituzione cesserà di aver vigore il giorno in cui entrerà in vigore una costituzione per l'intera Germania (v. anche un accenno al carattere transitorio dell'ordinamento adottato, nel Preambolo; e v., nell'art. 23, l'affermazione che la *Grundgesetz* « nelle altre parti della Germania entrerà in vigore dopo la loro accessione »).

(3) Cfr. da ultimo, con lucidissima sintesi, *Principii*, cit., p. 196.

(4) V. *infra*, n. 5.

ralmente ammesso, adottarsi nel diritto internazionale; laddove, proprio a quest'ultimo ha riguardo il Kelsen nel passo che si è riferito, essendo l'ordinamento internazionale che delimita così la sfera temporale come la sfera territoriale di validità di ogni singolo Stato; anche per Kelsen, invece, « l'ordinamento statale interno non pone limiti di tempo alla propria validità... pretende durare eternamente » ([5]). La dimensione temporale dello Stato si giustifica, dunque, essenzialmente, nel sistema kelseniano, sulla base della nota costruzione monista, e nel senso, più specificamente, del primato del diritto internazionale (coerentemente, infatti, Kelsen ci avverte che, a differenza da quello statale, « l'ordinamento internazionale non ha limiti temporali di validità » e non ne ha, kelsenianamente parlando, per la semplice e decisiva ragione che non ha sopra di sé alcun altro ordinamento, in grado di delimitarne l'ambito temporale).

Collocandosi, però, nella diversa prospettiva dell'ordinamento interno statale (in una prospettiva della quale può esser dubbio, in verità, se sia da qualificarsi dommatica, ossia relativa all'ordinamento dato, ovvero propriamente di teoria generale), lo stesso Kelsen si allinea (pur con piena autonomia di pensiero) alla tradizionale e più comune dottrina, che allo Stato suole assegnare una « data di nascita » e una « data di morte »: uno Stato rimane identico a sé medesimo, perdurando nel tempo, finché invariata resti la *Grundnorm*, da cui dipende la « validità » del sistema; si estingue, per dar luogo ad un nuovo Stato, se e quando la *Grundnorm* potrà dirsi mutata. Il problema della *durata* dello Stato, visto in tal modo dall'interno, si risolverebbe, dunque, nel problema dei limiti di competenza, di forma e di procedimento, che lo stesso ordinamento statale prescriva alla possibilità di mutamenti ed insomma, per usare una formula ormai corrente e di immediata comprensione, anche se leggermente approssimativa, nel problema dei limiti alla *revisione costituzionale*. E forse, su questo punto, sia detto incidentalmente, sarebbe anche lecito registrare una parziale concordanza con il pensiero, tuttavia svolgentesi da premesse profondamente diverse e approdante a conclusioni diverse, del Romano, quand'egli osserva che « l'ordinamento statale può, come avviene nei regimi più liberali, permettere le sue più profonde e radicali trasformazioni per mezzo di organi a ciò competenti e con l'os-

([5]) Cfr. spec. *Théorie générale du droit international public*, in *Rec. des cours de l'Ac. de dr. int. de la Haye*, 1932, IV, p. 260.

servanza di forme e di procedimenti prestabiliti » ([6]); sebbene, poi, per il Romano, la continuità dello Stato sia, concettualmente, indipendente dal ricorrere di tale circostanza (e qui sta il vero, profondo, divario tra Kelsen e Romano).

Non importa adesso (e ne mancherebbe il tempo) soffermarsi a indagare criticamente il rapporto costituzione — *Grundnorm* nella concezione kelseniana, né quello (sotto un certo profilo, meno lontano di quanto non sembri) tra costituzione positiva e costituzione reale, « decisione totale e unitaria sulla specie e forma di governo dello Stato », che ci propone invece, in termini diversi e su di un piano diverso, la concezione dello Schmitt ([7]); né occorre seguire le molteplici « varianti » apportate in dottrina alla tesi centrale, che può ritenersi, tuttavia, in qualche modo comune alla Scuola di Vienna e a indirizzi concettuali da questa indipendenti, o addirittura (come nel caso dello Schmitt) ad essa antitetici. Che si accolga o meno l'idea di una sorta di supercostituzione, considerandola come *sovrastante* o *sottostante* alla costituzione positiva, ovvero in questa inclusa ([8]); che si conce-

([6]) *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, p. 221.

([7]) *Verfassungslehre*, München-Leipzig 1928, pp. 23 ss., 59 ss. Ampia disamina dei vari indirizzi dottrinali in BISCARETTI DI RUFFIA, *Contributo alla teoria della formazione degli Stati*, Milano 1938 e in MORTATI, *Costituzione dello Stato*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, p. 141 ss., ai quali si rinvia anche per la esauriente bibliografia sull'argomento oggetto del presente studio.

([8]) Tanto il Kelsen quanto lo Schmitt, il primo, beninteso, nell'ordine normativistico formale, il secondo sopra un terreno istituzionistico accentuatamente sociologico, muovono dallo « sdoppiamento » del concetto di costituzione, cui si accenna nel testo. Come, per lo Schmitt, la decisione politica fondamentale non si identifica con le « leggi costituzionali », ma le precede e condiziona, così, per il Kelsen, la *Grundnorm* sta fuori ed oltre la costituzione positiva (o la serie delle costituzioni positive l'una dall'altra deducibili), è costituzione « *im rechtslogischen Sinne* », condizionante la costituzione in senso giuridico-positivo. Ed è, rispettivamente, nella *Grundnorm* (o nella decisione politica suprema, per lo Schmitt), e non nella costituzione positiva (come avverte espressamente, con riguardo alla prima, lo stesso Kelsen a p. 249 della *Allg. Staatslehre*, e come si ricava, sebbene non in modo completamente univoco, secondo si dirà subito appresso, dalla dottrina dello Schmitt), che consisterebbe l'identità dello Stato. Ma poiché la *Grundnorm* non è che una « cifra » in chiave normativistica per indicare il fatto storico originario o la « fattispecie fondamentale » che sta a base dell'ordinamento (la deliberazione di una assemblea o l'arbitrio di un usurpatore, come dice ripetute volte Kelsen), appare evidente il parallelismo di fondo tra questa concezione e quella schmittiana, tanto più che da quest'ultima, all'inverso, non riesce ad essere del tutto assente un elemento normativistico (MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 162, e autori ivi riferiti).

pisca un tale fondamento primo ed ultimo dell'ordinamento in senso normativistico formale, come *norma sulle fonti*, od invece in senso sostanziale, come *principio di regime* caratterizzato da un proprio contenuto politico, caratterizzante a sua volta l'ordinamento complessivo, l'impostazione del problema della continuità dello Stato rimane, infatti, la stessa sotto un aspetto essenziale, che si può così sinteticamente formulare: ogni mutamento che si mantenga entro i limiti della revisione costituzionale, non estingue lo Stato; estingue lo Stato, dando origine ad uno nuovo in luogo dell'antico, il mutamento *legalmente impossibile*, vietato (per il suo contenuto ed oggetto, o per i mezzi e le forme in cui si attua, o per l'una e l'altra ragione insieme) dall'ordinamento vigente (9).

Veramente, il pensiero dello Schmitt, quanto all'identità-continuità dello Stato, non è esente da alcune (significative) incertezze (ben rilevate dal MORTATI, *loc. cit.*, p. 161, nota 64): quel che contrassegna l'individualità di uno Stato determinato, è il contenuto della « decisione complessiva sulla specie e forma dell'unità politica » (monarchia « pura » o democrazia), ovvero l'identità del « portatore del potere costituente » (monarca o popolo)?... Anche una forma monarchica (che, forse, non sarebbe però da dirsi « pura ») può derivare da (e fondarsi sopra) un atto del popolo, quale portatore del potere costituente (come lo Schmitt riconosce esplicitamente, e come avrebbe potuto essere il caso, ad es., se in Italia dal *referendum* istituzionale del 2 giugno 1946 fosse scaturita la scelta della monarchia). Ma c'è di più: giacché *di qualunque* forma di governo potrebbe affermarsi che si fondi sulla volontà, espressa o tacita, del popolo (*Verfassungslehre*, cit., p. 95), di guisa che, allora, l'identità-continuità dello Stato coinciderebbe con quella *del popolo*, e sia pure del popolo ordinato ad unità politica *quale che sia* (v., infatti, a p. 4: « lo Stato cesserebbe di esistere se... cessasse questa unità e quest'ordine »). Ma, così argomentando (e per lo Schmitt *sarebbe anche possibile* argomentare così), si finirebbe col pervenire a tutt'altra conclusione, che poi è quella sostanzialmente accolta nelle pagine seguenti.

(9) Con riserva di quanto sarà ulteriormente osservato (*infra*, n. 5), avvertiamo per intanto che, nel quadro delle dottrine cui ci si riferisce nel testo, il problema della continuità-identità, od invece estinzione-rinnovazione, concerne lo Stato come fenomeno complessivo (Stato-ordinamento o Stato-comunità), e non lo Stato-governo o Stato-persona (come anche può chiamarsi l'organizzazione autoritaria governante seguendo la formula del DONATI D., *La persona reale dello Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1921, I, p. 2 ss., e perciò senza annettervi necessariamente l'idea della eventuale personalità giuridica): per la distinzione e reciproca indipendenza tra i due ordini di problemi, v., con diversa terminologia, BELING, *Revolution und Recht*, Augsburg 1923, p. 27 ss. Probabilmente, ad es., ha avuto riguardo allo Stato-persona, e non allo Stato-ordinamento, la dec. del *Bundesverfassungsgericht* della Repubblica federale tedesca 17 settembre 1953 (in *Entscheidungen des B.V.G.*, III, p. 66 ss.) affer-

2. Naturalmente, aver rilevato quel che c'è di comune nell'impostazione che al problema della continuità dello Stato danno concezioni sotto ogni altro aspetto tra loro così diverse e addirittura contrastanti, non vuol dire affatto chiudere gli occhi dinanzi agli elementi a ciascuna di esse peculiari, né dinanzi alle divergenti conclusioni applicative, cui rispettivamente possono condurre. In sintesi, e anche qui con inevitabile approssimazione, basti ricordare che, per le dottrine normativistiche di ispirazione kelseniana, qualunque mutamento costituzionale, anche il più profondo e radicale, può legittimarsi senza frattura della continuità, purché avvenga nei modi (ad opera delle istanze e nei procedimenti) prescritti([10]); mentre, assumendo criteri che potremmo chiamare, all'ingrosso, contenutistici, neppure il rispetto della legalità formale sarebbe capace di giustifi-

mante l'estinzione all'8 maggio 1945 dei rapporti d'impiego con l'apparato statale nazionalsocialista (« estintosi » a quella data), sebbene motivando piuttosto su considerazioni di specie, attinenti alla configurazione dello Stato nazionalsocialista come *Machtapparat* al servizio del partito unico, in contrapposto al carattere « neutrale » che sarebbe, di regola, proprio della persona statale. Avvertiamo altresì preliminarmente che, stante il riferimento allo Stato-ordinamento, è logico che il problema vada impostato in termini di identità-continuità, e non di « successione », come spesso invece ed autorevolmente si dice nella dottrina internazionalistica: se assunta in senso tecnico, la figura della « successione » è, infatti, applicabile piuttosto ai rapporti *tra soggetti* che non ai rapporti *tra ordinamenti* (GIANNINI M. S., *Rilievi sulla successione tra enti pubblici*, in *Giust. civ.*, 1958, p. 1634 ss. e lett. ivi cit.) ed è perciò inadeguata a dare compiuta spiegazione del fenomeno della continuità giuridica, specie dal punto di vista del diritto interno (v. anche *infra*, n. 6, testo e nota 47). Ciò non toglie che di « successione » possa tuttavia parlarsi (almeno in senso figurato e descrittivo, come dice SERENI, *Diritto internazionale*, II, 1, Milano 1958, p. 387 ss.), quando parti di uno Stato preesistente (e perdurante) passino ad altro Stato (annessione: cosidetta « successione » parziale), ovvero se e quando non sia più dato affermare l'identità di uno Stato, ma se ne debba riconoscere l'avvenuta estinzione per incorporazione, fusione o smembramento: *infra*, n. 5, testo e nota 45. A parte le ipotesi di « successione » parziale, qualsiasi riferimento all'idea di una « successione » totale presuppone, dunque, già risolta in senso negativo la questione della identità-continuità (cfr. tra i molti ROMANO, *Corso di diritto internazionale*[2], Padova 1939, pp. 134-136; KELSEN, *Théorie générale*, cit., p. 311 ss., nonché *Teoria generale*, cit., p. 235; BERBER, *Lehrbuch des Völkerrecht*, I, München u. Berlin 1960, p. 247 ss.; MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*[6], Padova 1963, pp. 136-137).

([10]) Contro questa tesi, che rappresenta un punto fermo del pensiero del Kelsen (e del MERKL, *Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes*, in *Zeitschrift f. öff. Recht*, 1925-1926, p. 513 ss.), v. però *infra*, nel testo e nota 18.

care *certi* mutamenti, che sarebbero, dunque, sempre giuridicamente impossibili alla stregua del sistema vigente, per considerazioni valutative attinenti al loro oggetto.

Per chi muova dal primo punto di vista, lo Stato italiano, ad esempio, ha perdurato costante a partire, almeno, dall'unificazione del Regno sino alla caduta del fascismo, poiché lo stesso avvento del fascismo, le riforme via via sempre più radicali introdotte nel corso del ventennio fascista, ivi comprese la soppressione — in diritto, oltre che in fatto — dei partiti e di ogni forma superstite di elezione popolare e le discriminazioni razziali, sono avvenuti in modi e secondo procedimenti *legali*, conformi, cioè, alle norme sulle fonti dell'ordinamento statutario, e sono comunque riconducibili senza sforzo alla *Grundnorm*, che tale ordinamento contrassegnava. Anche riconducibili alla medesima *Grundnorm* potrebbero essere gli eventi che portarono alla trasformazione del Regno di Sardegna nel Regno d'Italia([11]), come certamente lo erano quelli che condussero, prima ancora, al passaggio dalla monarchia assoluta piemontese alla monarchia costituzionale rappresentativa dello Statuto del '48, essendo lo Statuto emanazione di quel potere regio che la *Grundnorm* poneva a base del sistema: il Re poteva quindi a sua volta « delegare » la produzione del diritto ad altre autorità, creare una forma di governo nella quale gli fosse ormai impossibile agire da solo e nella quale la fonte massima del diritto fosse la legge deliberata collettivamente, con il suo concorso, dalle due Camere.

([11]) Beninteso, ove si ritenga con il ROMANO (*I caratteri giuridici della formazione del Regno d'Italia*, 1912, ora in *Scritti minori*, cit., p. 327 ss.) e con l'opinione prevalente, anche se, a nostro avviso, non del tutto persuasiva, che lo Stato italiano unitario siasi venuto formando attraverso una serie di successive annessioni ed incorporazioni al Piemonte. Il rilievo del MORTATI (*Costituzione*, cit., p 213) che il criterio alla stregua del quale suole affermarsi la identità-continuità tra Regno di Sardegnan e Regno d'Italia risiede nella costanza dello stesso ordinamento costituzionale originariamente proprio del primo, è solo parzialmente esatto (poiché il Romano e gli altri che lo seguono si fondano, in realtà, prevalentemente sull'analisi dei procedimenti attraverso i quali ebbe a realizzarsi l'unione al Piemonte), e comunque non costituisce argomento in favore delle tesi che subordinano la continuità al permanere della medesima costituzione fondamentale, perché l'essenziale è che permanga un ordinamento giuridico statale e non anche quel particolare ordinamento strutturato in quel certo modo. Vero è soltanto che, quando la costituzione non sia mutata, se ne trarrà *un indizio* tra gli altri nel senso della continuità, come appunto lo si è tratto dal permanere dello Statuto albertino divenuto poco a poco la Costituzione formale dello Stato italiano (v. anche *infra*, nota 56).

Ma egualmente questa fonte poteva, per identiche ragioni, validamente modificare la struttura del Parlamento, trasformare la Camera elettiva in Camera dei fasci e delle corporazioni, rendere obbligatorio l'intervento consultivo del Gran Consiglio del Fascismo nel procedimento di formazione di una particolare categoria di leggi, definite costituzionali e così differenziate dalle restanti leggi ordinarie... Anche gli avvenimenti del 25 luglio 1943, verificatisi all'insegna dello Statuto e nel quadro della legalità costituzionale del momento, sono probabilmente suscettibili di inserirsi in un tale continuo processo di trasmissione legale del potere; mentre dubbi possono sorgere quanto alla perfetta conformità al sistema degli atti normativi con forza di legge adottati, nel periodo successivo, nella forma del decreto-legge, e specialmente di quelli soppressivi di organi ed istituti costituzionali fascisti, per i quali sarebbe stato necessario un apposito procedimento, che non fu invece (né poteva essere) seguito. Ove tali dubbi si ritenessero superabili — ciò che, peraltro, non è agevole — persino la proclamazione della Repubblica potrebbe legittimarsi alla stregua dell'ordinamento preesistente ([12]).

([12]) Il ricorso alla decretazione d'urgenza ad opera di un Esecutivo, che era pur sempre quello costituzionalmente legittimo, può sembrare a prima vista, versandosi in stato di guerra, inseribile nella continuità dell'ordinamento, in quanto conforme alle norme sulla produzione giuridica allora vigenti (art. 3 della l. 31 gennaio 1926, n. 100, modif. dall'art. 18 della l. 19 gennaio 1939, n. 129, nonché dalla l. 8 giugno 1939, n. 860). A meglio riflettere, peraltro, anche per questa parte si affacciano perplessità non trascurabili: non tanto per la mancata presentazione alle Camere per la conversione in legge nel termine previsto (prorogato solo con il d.lgt. 4 settembre 1944, n. 185), quanto perché, essendosi frattanto proceduto allo scioglimento della Camera dei fasci e delle corporazioni, destinata in un primo tempo ad essere sostituita da una « nuova Camera dei deputati » (disposizione, quest'ultima, poi abrogata con il d.l.lgt. n. 151, istituente l'Assemblea costituente), la conversione in legge ne veniva definitivamente sottratta agli organi competenti in base all'ordinamento costituzionale precedente e demandata ad *altri* organi legislativi. Si pone qui il problema di sapere se, ad assumere come ipotesi di lavoro la costruzione kelseniana, il contrasto con singole norme costituzionali del procedimento seguito dopo il 25 luglio 1943 ne escluda la riconducibilità alla *Grundnorm* presupposta a base dell'ordinamento statutario. E lo stesso problema si pone, in termini più gravi, per i decreti-legge soppressivi di istituti, per la disciplina dei quali si sarebbe richiesto, secondo le norme del tempo, l'intervento di apposite leggi « costituzionali » precedute dal parere del Gran Consiglio; tanto più che, essendosi attraverso decreto-legge soppresso tale organo, neppure soccorrerebbe il rilievo che detto parere bastasse fosse dato in sede di conversione in legge (giacché, altro è posticipare il parere, altro renderlo giuridicamente e ma-

A conclusioni comunque diverse sarà indotto, per contro, chi muova da diverse premesse quanto alla natura dei limiti alla modificabilità del sistema costituzionale, questi individuando in determinati valori politici e ideologici caratterizzanti l'intero ordinamento. Pur trovandosi, verosimilmente, in imbarazzo nello stabilire, per dir così, date precise, cui riferire puntualmente le fasi successive schematicamente indicate ([13]), questi potrebbe affermare, in coerenza con le premesse, che il regime fascista ebbe a segnare una frattura con l'ordinamento statutario anteriore; che una ulteriore frattura, rispetto a quello fascista, fu determinata dal « colpo di Stato del 25 luglio '43 »; che ancora un nuovo e diverso ordinamento è sorto dal *referendum* istituzionale del 2 giugno 1946, e forse, anzi, già prima,

terialmente impossibile). Sebbene, per il Kelsen, anche norme invalide (prodotte in contrasto con norme superiori) possano essere « valide », nel senso di vigenti (appartenenti al sistema considerato), specie in assenza di un organo competente ad annullarle con effetti generali (che non esisteva nell'ordinamento italiano anteriore) (*infra*, nota 16), sembra doversi ritenere che almeno i decreti-legge da ultimo menzionati, in quanto rivolti a mutare l'intera Costituzione preesistente in modi diversi da quelli prescritti, non siano riconducibili alla *Grundnorm* presupposta dalla Costituzione stessa. Diversamente dovrebbe dirsi, sempre ragionando nei termini della impostazione kelseniana, ammettendo che il decreto-legge fosse, nell'ordinamento statutario fascista (o sia sempre, per norma implicita in ogni moderno ordinamento statale?) autorizzato a disporre in materia costituzionale, e cioè sottratto ai limiti della legge ordinaria (ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enciel. dir.*, XI, cit., p. 853); a maggior ragione ancora dovrebbe concludersi per la piena inseribilità nel sistema dei decreti-legge (e poi dei decreti legislativi *ex* art. 4 d.l.lgt. n. 151 del 1944, cit.) adottati lungo il periodo transitorio, ritenendo, anche qui con l'ESPOSITO (*Capo dello Stato*, ivi, VI, 1960, p. 238), che il fondamento di tali atti normativi non tanto sia da ricercare nei principî sulla decretazione d'urgenza, quanto in una speciale competenza del Capo dello Stato a colmare, in periodi di crisi, le lacune del sistema, sostituendosi ai Parlamenti ed elevandosi « a reggitore dello Stato ». Quest'ultima tesi potrebbe forse valere, infatti, a giustificare il fenomeno considerato anche alla stregua dei criteri kelseniani (ed egualmente potrebbe dirsi delle note concezioni della « necessità » come fonte immediata, dalle quali, peraltro, la tesi dell'Esposito dichiaratamente si differenzia), ove fosse possibile ammettere la presenza nella costituzione positiva di un principio normativo come quello indicato dallo stesso Esposito (o come quello assumente la necessità a fonte di validità): così argomentando, infatti, resterebbe ferma la regolare deducibilità dalla *Grundnorm* degli atti intervenuti dopo la caduta del fascismo e della stessa costituzione repubblicana (ma v. anche *infra*, la nota 37).

([13]) Cfr. per esemplificazioni, CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova 1962 (lit.), p. 138 ss.

per effetto del decreto-legge luogotenenziale n. 151 del 1944, con il quale la Corona veniva a fare proprio quel che mai avrebbe potuto, mettendo in giuoco sè stessa col sottoporre la permanenza dell'istituto monarchico alla decisione popolare.

Poiché, tuttavia, sarebbe manifestamente artificioso pensare che nel giro di meno di un secolo lo Stato italiano si sia almeno tre volte estinto, per rinascere diverso; e poiché, soprattutto, né dalla normativa né dalla prassi seguite alla caduta del fascismo sono ricavabili argomenti, anche indiretti, per ritenere intervenuta — in fatto — o disposta dal nuovo diritto una frattura nell'esistenza giuridica dello Stato e nella continuità del suo diritto interno([14]), questo secon-

([14]) A prescindere per il momento dai rapporti tra diritto anteriore e ordinamento costituzionale sopravvenuto (per cui, v. *infra*, n. seg., testo e nota 26), sta di fatto che dalla stessa Costituzione e dalle relative disposizioni transitorie e finali si ricava, anzi, una serie di elementi concordanti nel senso della piena continuità dello Stato italiano (Stato-ordinamento e Stato-soggetto), prima e dopo la Repubblica. Basterebbe a convincerne la sola III delle disp. trans., che, ai fini dell'appartenenza al primo Senato repubblicano, prevedeva i casi di coloro che fossero stati presidenti del consiglio dei ministri o di assemblee legislative, avessero fatto parte « del disciolto Senato », avessero avuto tre elezioni, « compresa quella all'Assemblea costituente », ecc., postulando la piena rilevanza, per il nuovo ordinamento costituzionale, di pubblici uffici del cessato regime, parificati sostanzialmente a quelli corrispondenti dell'ordinamento repubblicano. Tra i numerosi altri argomenti testuali (ben rilevati dal LAVAGNA, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Pisa 1961 (lit.), p. 5 ss.), particolarmente significativi sembrano quelli tratti dagli articoli 1 e 11 della Costituzione (dove per « Italia » si intende certamente la comunità statale così denominata, che prosegue nel tempo), dall'art. 7 (che ha non meno certo riferimento allo Stato italiano, senza distinguere tra fasi anteriori e successive all'avvento della Repubblica), e dalle formule del testo costituzionale e delle transitorie, che disciplinano o comunque prevedono organi dell'apparato statale preesistenti e perduranti (ai riferimenti del Lavagna potrebbe aggiungersi, nel medesimo ordine di idee, la VI disp. trans.). Se poi si guarda, come pure si deve, all'atteggiamento assunto dalle forze politiche agenti nel periodo tra la caduta del fascismo e l'entrata in vigore della nuova Costituzione e alla valutazione dalle stesse data del proprio comportamento, ci si accorge che unanime fu soltanto la volontà e la coscienza di contrapposizione nei confronti del regime fascista, considerato retrospettivamente, per così dire, quale frutto di una imposizione illegale e perciò quale incrostazione « sovversiva » dell'ordinamento statutario, da eliminare e condannare. Sul piano giuridico, peraltro, un tale convincimento ebbe a concretarsi limitatamente a poche disposizioni, come quelle del d.lgs.lgt. 27 luglio 1944, n. 159, sulle sanzioni contro il fascismo, dov'è affermata la responsabilità penale dei « gerarchi », colpevoli di avere « annullato le garanzie costituzionali, distrutte le libertà popolari, creato il

do ordine concettuale sarebbe, per l'Italia, insostenibile, pur prescindendo per il momento dalla fluidità dei criteri che si assumono. È vero, peraltro, che, anche ad accogliere invece l'opposto punto di vista normativistico formale, se non fosse possibile legittimare alla stregua di esso il passaggio dall'ordinamento fascista all'ordinamento provvisorio, sino al definitivo ordinamento repubblicano ([15]), ci troveremmo egualmente a dover pervenire, per altra via, alla medesima e inaccettabile conclusione (a dover considerare, cioè, lo Stato italiano attuale come uno Stato nuovo e diverso da quello preesistente al 1943).

3. Particolarmente significativa, d'altronde, a riprova delle inestricabili difficoltà cui danno luogo le concezioni, dell'uno e dell'altro indirizzo, che al problema dei limiti legali al mutamento connettono quello della continuità-identità, sembra l'esperienza, parallela nel tempo, della vicina Francia. Dove, infatti, in nessun modo si riuscirebbe, adottando il criterio della legalità come conformità alle norme sulle fonti, a giustificare l'avvento della Quarta Repubblica, realizzatosi ad opera di un « governo provvisorio » di fatto, che era, all'inizio, ancor meno di un « governo locale » (piuttosto, un « comitato di insorti »); attraverso un *referendum* e un'assemblea costituente che nessuna norma costituzionale anteriore prevedeva. Mentre, paradossalmente, la legalità era tutta dalla parte dell'ordinamento di Vichy, perfettamente riconducibile mediante regolare trasmissione di poteri alle leggi costituzionali del 1875. Per fondare la continuità dell'ordinamento francese del 1946 rispetto alla Terza Repubblica, rimanendo sul terreno delle dottrine che, secondo l'uno o l'altro orientamento, impostano il problema in termini di limiti alla revisione, bisognerebbe invocare quella *legittimità* sostanziale,

regime fascista », nonché di coloro che « hanno promosso o diretto l'insurrezione del 28 ottobre 1922 » o « il colpo di Stato del 3 gennaio 1925 »; altri corollari, indiretti, sempre sul terreno del diritto positivo, di siffatta impostazione possono vedersi nella XII disp. trans. della Costituzione (vietante « la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista ») e nelle norme per la repressione dell'attività fascista dettate dalla l. 3 dicembre 1947 (oltre, beninteso, le disposizioni soppressive di organi ed istituti tipici del regime fascista). È significativo il ben diverso trattamento giuridico disposto nei confronti della Repubblica di Salò e del suo ordinamento (*infra*, n. seg.).

([15]) Se, cioè, i dubbi sopra rilevati, specie in ordine alla normazione per decreto-legge in materia costituzionale, si ritenessero insuperabili.

tanto spesso richiamata, infatti, nella dottrina francese e alla quale si compiace appellarsi in molte occasioni, con accento inconsapevolmente schmittiano, il generale De Gaulle. Bisognerebbe ricorrere, cioè, proprio al contrario che nel caso dell'Italia, alle concezioni contenutistiche della costituzione materiale.

Ma come si possa determinare con sufficiente univocità quale sia, sul piano giuridico, la *legittimità* sostanziale di un dato ordinamento statale; quali valori, principî e finalità entrino a comporne il vario configurarsi nella storia costituzionale, è questione che non sembra abbia trovato, sinora, soluzione appagante. Senza neppure tentare un riesame delle molte e discordanti costruzioni affacciate al riguardo, sia basandosi sul concetto di forma di governo, sia sulle dichiarazioni dei diritti; sia riferendosi alla identità e persistenza della fonte ultima, sociologicamente reale, del potere costituente, o del fine politico fondamentale in quanto capace di organizzare attorno a sé un determinato sistema di forze sociali, non si pecca di irriverenza verso dottrine dovute allo sforzo di pensiero di studiosi più che egregi, osservando che quelle costruzioni risultano, tutte, praticamente di scarsa utilità, perché finiscono per rimettere all'apprezzamento subiettivo dell'interprete la individuazione del limite che ciascuna di esse vorrebbe, a suo modo, definire.

Bisogna riconoscere che, nell'insieme, le costruzioni risalenti all'indirizzo normativistico formale hanno, al confronto, il pregio di un assai maggior rigore. Mettendo l'accento *sull'oggetto e sul modo* del mutamento e limitando le ipotesi di rottura della continuità a quelle soltanto di mutamenti che, oltre ad intervenire illegalmente (alla stregua delle norme sul mutamento), siano veramente tali, e non semplici violazioni di singole norme costituzionali (ossia, mera creazione di diritto extrasistematico)([16]), esse sembrano offrire un pa-

([16]) È necessario sottolineare che deve trattarsi di « *veri* » *mutamenti della Costituzione*, ove si abbia presente che, nella concezione del Kelsen, le norme superiori (quelle costituzionali comprese) devono riguardarsi come aventi contenuto « alternativo », nel senso che anche le norme subordinate prodotte in violazione di esse sarebbero norme « valide » (ossia, *norme giuridiche* per il sistema considerato), sinché non siano eliminate ad opera dell'istanza a ciò competente secondo i vari ordinamenti positivi (e in sistemi a costituzione flessibile, la legge ordinaria contraria a costituzione sarebbe « valida » senz'altro): cfr. *Teoria gen.*, cit., p. 158 ss., *La dottrina pura del diritto*, trad. it. a cura di R. Treves della *Reine Rechtslehre* (ed. 1934), Torino 1952, p. 88 ss.; *amplius* MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig-Wien 1928, p. 292 ss. Se, come dice il Kelsen, il diritto positivo tien conto del « diritto con-

rametro sufficientemente determinato, almeno in astratto e per grandi linee. Tuttavia, ed a parte il dissenso già accennato, e che forma il tema specifico del nostro esame, sulla pretesa conseguenza della estinzione-rinnovazione *dello Stato*, quando si voglia approfondirle criticamente, anche tali costruzioni rivelano poi grosse difficoltà, sia nelle premesse teoriche che nei risultati pratici. Sotto il primo aspetto, ed a prescindere, per brevità, da ogni altro possibile rilievo([17]), attribuiamo per parte nostra valore decisivo ad una acuta obiezione del Ross, secondo la quale la *Grundnorm* dovrebbe dirsi, a rigore, mutata per effetto di qualsiasi mutamento della costituzione, anche se avvenuto nelle forme legali e consentite dall'ordinamento, svanendo perciò l'asserita differenza, ai fini della identità-continuità, tra mutamenti legali e mutamenti illegali([18]). Quanto ai ri-

trario al diritto », l'ambito delle ipotesi di mutamenti non consentiti dalla *Grundnorm* (che costringerebbero a presupporre una nuova *Grundnorm* e segnerebbero perciò l'estinzione dello Stato) dovrebbe risultare estremamente circoscritto: non sarebbe tale, ad es., l'emissione di singole leggi in contrasto con le procedure o con i limiti di contenuto costituzionalmente prescritti, poiché sarebbero da distinguere, appunto, singole e puntuali violazioni della costituzione dal vero e proprio sovvertimento (illegale) di questa. Ed infatti, lo stesso Kelsen ricorre abitualmente all'esempio della trasformazione (illegale) di un ordinamento da monarchico in repubblicano, o viceversa (si noti però il senso che la distinzione tra monarchia e repubblica assume nella sua dottrina: *Allg. Staatslehre*, cit., p. 320 ss.), e talvolta parla, ancor più chiaramente, di sostituzione all'antico di un nuovo « ordinamento giuridico in un modo illegittimo » (*Teoria, gen.*, cit., p. 118).

([17]) Cfr., ad es., la nota precedente, ed anche *infra*, n. 5.

([18]) Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig-Wien 1929, p. 366 ss. (per il quale, anzi, la *Grundnorm* sarebbe sempre sottoposta a continue impercettibili modificazioni nel corso della evoluzione storica dell'ordinamento). Analoga critica è rivolta, nei confronti delle dottrine che, diversamente dal Kelsen, inseriscono la norma-base tra le norme positive, dallo ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano 1943, p. 153, il quale conclude però, all'opposto, per l'esistenza in ogni ordinamento di una norma assolutamente immodificabile. Certo, l'obiezione del Ross non coglierebbe il segno, ravvisando nella *Grundnorm* (conformemente a quella che sembra la posizione originaria del Kelsen) un principio *a priori* (ed in questo senso, come dice spesso il Kelsen, scelto « arbitrariamente » dall'interprete), costitutivo e produttivo dell'esperienza giuridica: la contrapposizione tra mutamenti legali e mutamenti illegali (quindi, « estintivi ») conserverebbe, in tal caso, il suo significato, poiché, realizzandosi la prima ipotesi, la nuova costituzione positiva sarebbe stata pur sempre prodotta dalle autorità (dalle fonti) « delegate » dai Padri della costituzione, e sarebbe quindi riconducibile alla stessa *Grundnorm* (rimasta immutata); mentre, nella seconda ipotesi, tra la nuova costituzione

sultati applicativi, essi non sempre si rivelano, al contatto dell'inesauribile versatilità dell'esperienza storica, così netti e appaganti come a prima vista parrebbe. Ne abbiamo incontrato poc'anzi qualche esempio, con riguardo all'Italia e alla Francia, e non è il caso di ripetersi.

4. Già le incertezze e perplessità che sorgono in sede applicativa, quale che sia la concezione, da cui si parta, dei limiti alla revisione, inducono ad un ripensamento del problema della continuità, nel senso di sganciarlo da quello dei limiti che ogni ordinamento prestabilisca (o che si ritengano implicitamente prestabiliti) alla possibilità di validamente innovarlo ([19]).

e quella immediatamente anteriore non potrebbe esserci continuità alla stregua della *Grundnorm* assunta inizialmente a presupposto. Una simile concezione della *Grundnorm*, generalmente criticata, sarebbe peraltro insostenibile, perché farebbe venir meno qualsiasi punto di contatto tra la costruzione giuridica e la realtà che si tratta di spiegare giuridicamente. Del resto, il pensiero dello stesso Kelsen non è, sul punto, perfettamente univoco; ché anzi gli elementi favorevoli ad intendere la *Grundnorm* come ricavabile induttivamente dal diritto positivo o comunque ed almeno verificabile alla stregua di questo, sono prevalenti, specie negli scritti più recenti. Così, ad es., laddove l'A. afferma che il contenuto particolare della *Grundnorm* si determina « secondo la natura del materiale empirico, cioè secondo gli atti che debbono essere determinati come atti giuridici » (*La dottrina*, cit., p. 74); che il giurista, « quando stabilisce la norma fondamentale, è guidato dalla tendenza a riconoscere come diritto oggettivo il maggior numero possibile di atti dati empiricamente, il cui significato soggettivo è quello di essere atti giuridici » (*Teoria generale*, cit., p. 444); che tra la *Grundnorm* e l'esperienza giuridica sussiste un rapporto di « correlazione », la norma ipotetica (meglio: ipotizzata) « essendo altrettanto determinata dal materiale che essa abbraccia, quanto il materiale dall'ipotesi » (*Allg. Staatslehre*, cit., p. 104). È chiaro però che, ritenuta l'interpretazione induttivistica della *Grundnorm*, il rilievo critico del Ross acquista tutto il suo peso, così come non sarebbe possibile negarne il valore nei riguardi delle dottrine che assumono la *Grundnorm* all'interno dell'ordinamento positivo, ed in particolare della scuola dommatica italiana che configura la norma-base come un postulato, la cui esattezza è data dalla « capacità di spiegare logicamente la realtà » (MORELLI, *Nozioni*, cit., p. 8; ma v. anche PERASSI, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche internazionali*, 1917, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano 1958, p. 239 ss., spec. quando afferma che essa è « il punto estremo di riferimento da cui dipende l'intera successione dei giudizi di giuridicità delle norme »).

([19]) Modifichiamo così l'opinione espressa nelle nostre *Lezioni*, ed. cit., p. 120 ss., dove, seguendo la dottrina prevalente, si faceva consistere una delle conseguenze più rilevanti del riconoscimento di limiti alla revisione

Una ulteriore ragione che spinge a battere questa diversa via, è data dal raffronto tra le conseguenze che, stando alle concezioni cui ci si oppone, si determinerebbero, in caso di mutamento non consentito, e le differenti conseguenze che, invece, vediamo storicamente verificarsi in dette ipotesi (e persino in altre, come diremo, che sono tuttavia di sicura estinzione dello Stato). Giacché, l'ordinamento « estinto », come si dice, per il subentrare del nuovo, dovrebbe degradare al livello del fatto, nei confronti dell'ordinamento sopravvenuto e configurantesi d'ora in poi, esso, come sovrano e quindi esclusivo. Il diritto vigente prima della frattura dovrebbe, in altri termini, atteggiarsi *come un diritto straniero*, che l'ordinamento di uno Stato può, se vuole, richiamare, a certi effetti e nell'ambito di certi rapporti, « recependone » talune norme, ma che, in sé e per sé, *non è diritto* alla stregua dell'ordinamento dal cui punto di vista ci si colloca ([20]).

costituzionale nella frattura della continuità dello Stato, verificantesi ogni qual volta detti limiti siano stati oltrepassati. Sganciare l'uno dall'altro i due problemi significa lasciare impregiudicato il primo, ossia quello relativo all'esistenza in ogni ordinamento di limiti impliciti al mutamento, connaturati alla struttura fondamentale, storicamente individuata, dell'ordinamento stesso (di ciascun ordinamento: v., invece, *infra*, n. 5, testo e nota 43): anche a risolverlo per l'affermativa e pure dovendo allora qualificarsi illegittimi gli atti eventualmente posti in essere oltre detti limiti, al pari degli atti che volessero superare i limiti talora espressamente posti alla revisione da disposizioni dei testi costituzionali, non ne deriverebbe altresì, né in un caso né nell'altro, estinzione dello Stato. Non si estinguerebbe lo Stato italiano se, in contrasto con l'art. 139 della Costituzione, venisse (illegalmente) restaurata la monarchia, così come non si è estinto, per risorgere nuovo dalle proprie ceneri, con l'instaurarsi della Repubblica (*supra*, nota 14 ed infra, nota 26).

([20]) È, peraltro, ben noto che un siffatto modo di configurare l'« esclusività » dell'ordinamento statale non è pacifico nella dottrina internazionalistica, quanto ai rapporti con altri ordinamenti originari. Decisamente contrari, ad es., il ROMANO (da ultimo, in *Frammenti*, cit., p. 19) e il BETTI (*Problematica del diritto internazionale*, Milano 1956, pp. 11 ss., 128 ss.); più sfumate le numerose concezioni che costruiscono il rinvio formale come rinvio ad altri ordinamenti, resi competenti « in quanto tali » a disciplinare certi rapporti, e perciò « riconosciuti » come ordinamenti giuridici. Comunque si vogliano intendere, però, le relazioni tra ordinamenti originari coesistenti, si tratta sempre di « gettare *un ponte* » che consenta, quanto meno, di rendere applicabili nell'interno dello Stato considerato determinate norme estranee. L'analogia tra diritto internazionale privato, ad es., e diritto intertemporale, sulla quale molto si insiste, è soltanto apparente, poiché, di regola, le norme intertemporali di ogni specie (v., anche per riferimenti, RESCIGNO G. U.,

Non tanto, si badi, sarebbero abrogate le norme (*tutte*) le norme) anteriori, salvo disposizione contraria che ne mantenga (« recepisca ») alcune, quanto piuttosto esse perderebbero qualsiasi valore e sarebbero perciò assolutamente inapplicabili anche ai rapporti formatisi sotto il loro vigore; ché anzi, a stretto filo di logica, dovrebbero essere travolti gli stessi atti giurisdizionali ed amministrativi validamente compiutisi vigendo il cessato ordinamento. Norme, atti, situazioni e rapporti che costituivano la complessa trama dell'ordinamento anteriore dovrebbero, insomma, considerarsi *irrilevanti* — come tali — per l'ordinamento « nuovo ».

Solo in parte e per alcuni aspetti, potrebbe farsi corrispondere ad un tale paradigma la situazione, concretamente molto più sfumata ed elastica, risultante, ad esempio, dal trattamento fatto, in Italia, con il decreto legislativo luogotenenziale 5 ottobre 1944, n. 249, agli atti della Repubblica sociale, o da quello analogamente disposto, in Francia, con l'ordinanza del 9 agosto 1944, per gli atti del Governo di Vichy. L'idea centrale cui ci si è ispirati, in Italia e in Francia, è stata appunto la « irrilevanza » dell'ordinamento che si era contrapposto a quello autoqualificantesi come il solo « legittimo », e quindi la « estraneità » degli atti nel primo prodottisi: soltanto in linea di principio, però, poiché, tanto in Italia quanto in Francia, i ricordati provvedimenti legislativi hanno poi variamente classificato in diverse categorie gli atti da essi contemplati, alcuni dichiarando senz'altro inefficaci, altri « convalidando » (recependo), altri proclamando inefficaci ma « convalidabili » (recepibili), e via dicendo ([21]). Per quanto più specialmente riguarda l'Italia, è da rammen-

Disposizioni transitorie, in *Enc. dir.*, cit., XIII, 1964, p. 219 ss.) esplicano la loro funzione *nell'ambito del medesimo ordinamento*: non servono a trasformare norme straniere in norme interne, meno ancora a rendere diritto quel che tale non sarebbe, né a riconoscere fonti esterne, ma semplicemente a rendere applicabile l'una anziché l'altra norma (interna), e magari a protrarre l'efficacia di norme abrogate (che non vuol dire « estinte »: *infra*, n. 5, testo e nota 39).

([21]) Che gli atti della R.S.I., dichiarati *ope legis* efficaci o resi di volta in volta efficaci, debbano considerarsi « recepiti » nell'ordinamento dello Stato italiano, è affermato dal GIANNINI M. S., *La Repubblica sociale rispetto allo Stato italiano*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1951, p. 359 ss. Si noti, peraltro, il diverso significato che assume la « recezione » degli atti non normativi (in sostanza, parificazione ad atti dell'ordinamento italiano « legittimo ») rispetto alla « recezione », successivamente intervenuta per alcune disposizioni normative della R.S. In ordine a queste ultime, è giusto, anche a nostro avviso, parlare di

tare che gli atti normativi della R.S. (« provvedimenti legislativi » e « norme regolamentari ») erano tra quelli del primo gruppo, ossia, nel linguaggio del d.lgs. n. 249, « privi di efficacia giuridica »; alcuni, tuttavia, furono man mano recepiti con apposite disposizioni successive. Sia in Italia che in Francia, comunque, il disconoscimento, d'altronde parziale, come ora accennato, è stato *espressamente disposto* ed ha avuto riferimento ad atti e norme prodottisi entro un periodo di tempo circoscritto e molto breve (e per di più, in Italia, entro un ambito territoriale limitato).

Ora, conseguenze del genere e meno che mai conseguenze ancor più radicali (ammesso che siano davvero ipotizzabili), non si possono *presumere* ad ogni mutamento (per profondo che sia), ed anche se illegale, dell'ordinamento costituzionale, ma se ne dovrebbe accertare di volta in volta il concreto verificarsi, basandosi, naturalmente, più che sulle formule usate nei testi normativi (che possono essere imprecise, e che peraltro si esprimono di solito in termini di abrogazione), sulla sostanza delle cose: vale a dire, su ciò che realmente si è disposto e realmente è avvenuto.

L'esempio che si suole comunemente addurre è quello della Russia rivoluzionaria del 1917, dove ai Tribunali di nuova istituzione fu fatto divieto di richiamarsi alle leggi e alla giurisprudenza del periodo prerivoluzionario, e con specifico riferimento ai « rapporti civili » sorti prima del 7 novembre 1917, persino di conoscere delle

« recezione », dal momento che, in linea generale, era stata dichiarata l'inefficacia (e cioè, la irrilevanza e l'estraneità) degli atti normativi e delle norme della R.S.: la situazione, particolarissima, si presentava ben diversa da quella che si incontra comunemente nelle ipotesi di mutamenti costituzionali, ed anche di annessioni e di incorporazioni. Ai fini che qui interessano, deve ulteriormente osservarsi: *a*) che la « irrilevanza » od estraneità (disposta dal diritto dello Stato italiano) di atti della R.S., va intesa, tuttavia, in senso relativo, poiché « almeno come fatti, gli atti in essa accaduti non potevano essere irrilevanti » per l'ordinamento italiano, in quanto avvenuti pur sempre nella sfera giuridica di questo (Giannini); *b*) che d'altronde non tutti gli effetti giuridici prodotti dalle norme poste da fonti della R.S., benché queste ultime siano state disconosciute in blocco con l'art. 1 del d. lgs. n. 249, furono distrutti o eliminati; *c*) che, infatti, tra gli atti amministrativi « convalidabili » l'art. 3, in relazione all'art. 2, n. 3, comprendeva quelli adottati « sulla base di leggi e regolamenti emanati dal Governo repubblicano », mentre, per le sentenze civili ed atti di volontaria giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria, emessi in applicazione di « norme emanate dal Governo della sedicente Repubblica sociale », l'invalidazione (privazione di efficacia) era soltanto possibile (art 6).

relative controversie ([22]). Anche nella Repubblica popolare cinese sarebbe stata disposta, si afferma, analoga caducazione del diritto anteriormente vigente, lasciandosi all'opera della giurisprudenza il compito di colmare caso per caso il « vuoto » in tal modo determinatosi ([23]). È dubbio, peraltro, se, in questi stessi due casi, sia realmente venuto meno il diritto anteriore (nel senso della irrilevanza, per il nuovo sistema, della esperienza giuridica del passato), o se il « vuoto giuridico » di cui si suole parlare non significhi piuttosto, semplicemente, mancanza di norme nuove e ad un tempo inapplicabilità delle antiche, e cioè temporanea assenza, in ordine a certe materie, di previa disciplina generale ed astratta ([24]).

([22]) Anche qui, dunque, il disconoscimento (se, e nei limiti in cui, di disconoscimento si tratta) sarebbe stato espresso, e sarebbe stato disposto negli articoli 2 e 6 (arg. anche *ex* art. 3) della legge introduttiva al cod. civ. della Repubblica sovietica russa dell'11 novembre 1922 (e, *forse*, già con la legge sui tribunali del popolo del 39 novembre 1918). È da sottolineare l'intervallo di tempo intercorso dalla caduta della monarchia zarista; anche a voler ritenere già intervenuto un vero disconoscimento (con recezione, per contro, di particolari norme) in epoca anteriore, e precisamente con il decreto del 7 dicembre 1917 (che consentiva l'applicazione delle leggi del passato regime non abrogate dalla rivoluzione e non contrastanti con la coscienza rivoluzionaria o con la legalità socialista, e perciò, in realtà, si limitava, piuttosto, a disporre una generale abrogazione), permarrebbe tuttavia un periodo di tempo (dal marzo al dicembre 1917), durante il quale l'antico diritto avrebbe conservato parziale vigore (in quanto non abrogato dalle singole leggi, man mano adottate su determinate materie).

([23]) L'art. 17 del documento costituzionale del 29 settembre 1949 (Direttive generali) della Cina popolare abrogava in blocco « tutte le leggi e i regolamenti » così come « il sistema giudiziario » (*sic*) del Kuomintang, preannunciando nuove leggi e regolamenti « che proteggano il popolo e un sistema di giustizia popolare ». Per l'analogia della situazione di « vuoto giuridico » così determinatasi con quella avutasi in Russia in forza della legge del 1918, di cui alla nota prec., v. SCHULTZ, *Die Verfassungsentwicklung der Volksrepublik China seit 1949*, in *Jahrb. d. öff. Rechts*, 1956, p. 335.

([24]) Non disponiamo, infatti, di dati precisi, obiettivi ed esaurienti, anche quanto alla prassi giudiziaria ed amminstrativa (dalla quale non è possibile prescindere, quando si voglia veramente conoscere una determinata realtà giuridica): con particolare riguardo al divieto alle autorità giudiziarie di conoscere delle controversie relative ai « rapporti giuridici civili sorti prima del 7 novembre 1917 », sancito in Russia dalle disposizioni sopra richiamate alla nota 22, se è esatto quanto riferiscono GSOVSKI e GRZYBOWSKI, *Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe*, London 1957, I, pp. 473-474, che, cioè, le leggi anteriori continuassero, *di fatto*, ad essere applicate senza tuttavia essere menzionate, e se tale circostanza si riferisce anche a controversie

Comunque, che si tratti di casi eccezionali e rarissimi, e che, per contro, il diritto preesistente, di regola, *continui*, anche se vi sia stato mutamento rivoluzionario della costituzione, è pacificamente ammesso dalla dottrina: la quale ricorre, per conciliare il « dato » di esperienza con le premesse teoriche, al concetto di « *recezione* »; allo stesso modo come vi ricorre, del resto, anche con riguardo alle ipotesi di cosidetta « successione », e cioè, praticamente, di annessione, incorporazione e fusione di Stati ([25]) (*dove pure, di solito, l'antico diritto viene, in larga parte, tenuto fermo*, magari soltanto provvisoriamente) ([26]).

relative a rapporti anteriori al 7 novembre 1917, dovrebbe dirsi, non tanto e non solo che l'ipotizzato disconoscimento (circoscritto d'altronde ad un settore solo dell'antico diritto) non riuscì ad essere effettivo, quanto, anzitutto, che non di vero disconoscimento si trattava, ma piuttosto di abrogazione retroattiva delle norme anteriori in materia civile. È certo comunque che i casi della Russia 1917 e della Cina sono casi estremi, che non trovano riscontro in altre esperienze rivoluzionarie contemporanee, se si prescinde da qualche dubbio cui può dar luogo l'esperienza jugoslava dopo la seconda guerra mondiale: abrogazione del diritto vigente all'aprile del 1941, con possibilità di convalida legislativa, con o senza modifiche, di determinate leggi, purché non rientranti tra quelle dichiarate assolutamente inapplicabili e purché non contrastanti con la costituzione o con i principî dell'ordinamento costituzionale; applicabilità, però, a titolo suppletivo (« per rapporti non regolati dalle leggi in vigore ») dei principî dell'antico diritto (di guisa che, nei settori, ad es., del diritto privato, non ancora disciplinati dalla nuova legislazione, si ricorreva alle vecchie disposizioni come a « principî » di diritto non scritto...). I dubbi sono qui, però, più agevolmente superabili, poiché, anche a ritenere che la espressa e puntuale conferma di singole leggi, operata discrezionalmente dal legislatore in forza di espressa autorizzazione costituzionale, sia configurabile come riproduzione normativa (riemissione *ex novo* delle precedenti norme, pur se eventualmente immutate nel contenuto precettivo), una tale circostanza non sarebbe sufficiente per inferirne un disconoscimento, anziché una semplice abrogazione globale, del diritto anteriore; mentre la stessa applicabilità, benché a titolo di principî suppletivi, delle vecchie norme in caso di « lacuna » della nuova legislazione, offre piuttosto argomento nel senso della continuità dell'ordinamento (ed anzi, sembrerebbe contraddire all'abrogazione simultaneamente disposta in termini generali, o quanto meno limitarne la portata). Per la conferma, solo in apparenza analoga, disposta in Austria nel 1945, v. *infra*, nota 44.

([25]) Sopra, nota 9.

([26]) La « recezione » è stata invocata (dal MORTATI, *Abrogazione legislativa e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, V, Padova 1958, p. 124 ss.) anche per spiegare la innegabile sopravvivenza del diritto anteriore verificatasi in Italia dopo la caduta del fascismo, durante il periodo transitorio e dopo l'entrata in vigore della

Come propriamente si configuri una tale « recezione », è un punto che meriterebbe di essere approfondito. Escluso, per definizione, che possa aversi un fenomeno equivalente alla cosidetta nazionalizzazione delle fonti (una « appropriazione », cioè, potrebbe dirsi, da parte del nuovo ordinamento, delle vecchie fonti), poiché ad esse, viceversa, nelle ipotesi considerate, può essere preclusa ogni ulteriore ef-

Costituzione repubblicana. Ma la tesi è rimasta isolata (v. il *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 261 ss.). In realtà, com'è stato esattamente rilevato (ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana - Saggi*, Padova 1954, p. 2), le disposizioni transitorie della Costituzione nel loro contenuto « presuppongono la permanenza in vigore dell'ordinamento italiano nel suo complesso » (v. anche sopra, nota 14); e lo stesso MORTATI, forse con non perfetta coerenza con altre sue affermazioni al riguardo, parrebbe poi ammetterlo, con specifico riferimento alla disp. XVI, scrivendo nelle *Istituzioni di diritto pubblico*[6], Padova 1963, p. 169, che tale disposizione ha confermato il principio « della persistenza delle norme che non si palesano in contrasto con la nuova concezione istituzionale », quando manchi « un'espressa volontà del costituente nel senso della eliminazione di tutte le parti dell'ordinamento prima in vigore ». Ed infatti, nell'esperienza reale, la « sutura » tra il vecchio e il nuovo sistema, tra le antiche e le nuove norme, è avvenuta *naturalmente*, attraverso i congegni tradizionalmente noti e adottati nei moderni ordinamenti statali, specie di tipo continentale, per la eliminazione delle antinomie: criterio cronologico della *lex posterior*, criterio gerarchico della relazione tra fonte superiore e fonte subordinata. Durante un primo periodo, tra il 1° gennaio 1948 e l'entrata in funzione della Corte costituzionale, il problema dei rapporti tra norme anteriori e norme della Costituzione nuova è stato pacificamente impostato in giurisprudenza (con il consenso della prevalente dottrina) in termini di abrogazione; le divergenze concernevano soltanto l'ambito, più o meno esteso, entro cui dovesse riconoscersi l'avvenuta abrogazione, e la stessa disputa sulle norme costituzionali cosidette « programmatiche » presupponeva, senza dubbio, che l'abrogazione fosse *possibile*, anche ad essere esclusa nei casi di contrasto con norma « programmatica ». Nella seconda fase, inaugurata dalla sentenza n. 1 del 14 giugno 1956 della Corte cost., si è decisamente affermata, com'è noto, la piena sindacabilità delle norme anteriori, alla stregua della Costituzione sopravvenuta; dubbi e controversie permangono sulla possibilità che ciascun giudice riconosca, tuttavia, l'abrogazione tacita. Ma abrogazione e incostituzionalità successiva implicano logicamente continuità dell'ordinamento statale, poiché entrambi gli istituti, pur nella diversità dei loro effetti rispettivi, hanno comune e identico riferimento a norme appartenenti al medesimo ordinamento cui appartengono quelle abroganti o invalidanti (*infra*, n. 5, in fine). È chiaro, invece, che se la persistenza del diritto anteriore fosse attribuibile ad una « recezione », inapplicabile sarebbe stato e sarebbe il criterio cronologico, tutte le norme del sistema essendo, allora, o essendo diventate, successive alla Costituzione operante la « recezione ».

ficacia ([27]), dovrebbe trattarsi, verosimilmente, di un *rinvio fisso* alle norme vigenti a un momento dato: salvo poi a costruire la norma di rinvio come norma sulla produzione giuridica, ricollegante al fatto dell'esistenza di quelle norme (divenute) *estranee* l'effetto di produrne altre di identico contenuto nell'ordinamento rinviante; oppure come norma materiale in bianco, che assuma a proprio contenuto le norme richiamate ([28]), o meglio ancora come rinvio alle vecchie formule quale mezzo abbreviato per esprimere norme nuove ([29]).

« Recezione », comunque, sotto vari aspetti ben diversa da quella generalmente nota nei rapporti tra ordinamenti separati e sovrani (tra ordinamenti statali, o tra ordinamento statale e ordinamento internazionale e ordinamento canonico). Così, ad esempio, il rinvio dall'uno all'altro ordinamento cronologicamente coevo risulta, di solito, esplicitamente formulato e con riferimento a singole norme o a gruppi circoscritti di norme, relative a particolari materie; mentre, nei casi che qui interessano, non sempre c'è una disposizione che espressamente operi la « recezione », né questa — sopratutto — è limitata a singole norme od a singoli gruppi di norme, configurandosi viceversa come *globale*. Quando vi ha mutamento, legale o illegale, dell'ordinamento costituzionale, di regola, anzi, le norme transitorie testualmente dispongono la « abrogazione » di certe norme anteriori (di quelle incompatibili con la nuova costituzione); così che la « recezione » delle altre (di tutte le altre, ossia della maggior parte del diritto preesistente) dovrebbe argomentarsi indirettamente, *a contrario*, dalla abrogazione di quelle; e le stesse dichiarazioni di abrogazione dovrebbero, d'altro lato, intendersi come esprimenti qualcosa di sostanzialmente diverso e di assai più radicale (disconoscimento di valore giuridico, nel senso più sopra accennato). E poiché, salvo espresse (e storicamente rare) eccezioni, restano sempre fermi, validi ed efficaci gli atti autoritari precedentemente intervenuti sulla base o in applicazione delle vecchie norme, sarebbe necessario

([27]) V., più ampiamente, *infra*, n. 5.

([28]) In questo caso, la tesi incorrerebbe in tutte le obiezioni che si sogliono muovere alla configurabilità di una norma in bianco, vale a dire di una norma senza contenuto.

([29]) In questo senso pare orientato il CANSACCHI, *La sopravvivenza dell'ordinamento giuridico antecedente in territorio annesso*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, Milano 1957, I, p. 265 ss. (ma v. anche del Mortati il passo cit. *infra* alla nota 31): incontrandosi però, allora, quando la pretesa recezione abbia carattere globale, le altre difficoltà cui si accenna nel testo e alla nota seg.

sottintendere una tacita recezione di questi ultimi, in contraddizione con il preteso « disconoscimento » delle norme del diritto oggettivo sulle quali essi si fondavano.

Tanto nei casi di « rivoluzione » quanto nei casi di annessione ed incorporazione, del resto, la norma che si afferma operi la recezione (se e quando è reperibile, dunque, e non semplicemente presunta) viene posta, per solito, qualche tempo dopo l'evento rivoluzionario o il passaggio allo Stato annettente ([30]) e tuttavia nessuno ha mai pensato che ci sia di mezzo un periodo di completa assenza di diritto ([31]), sebbene sia del pari fuori dubbio, con particolare riguardo alle ipotesi di incorporazione e annessione, che le leggi dello Stato « successore » non si estendono tutte automaticamente ai nuovi territori (e nei casi di fusione e smembramento di Stati, neppure vi sareb-

([30]) All'inverso, identico rilievo è da farsi per gli stessi casi di abrogazione totale o di disconoscimento dell'antico diritto, i quali presuppongono che, frattanto e pur dopo verificatosi il fatto estintivo (o che si pretende tale), larghi strati del diritto anteriore siano provvisoriamente rimasti in vigore (v., ad es., sopra, nota 22).

([31]) È stato esattamente fatto osservare (dal GUELI, *Anarchia*, in *Enc. dir.*, cit., II, 1958, p. 389) come la stessa anarchia in senso proprio (società senza istituzioni governanti) realizzi pur sempre un tipo di ordine giuridico, caratterizzato da un « generale vincolo associativo elementarissimo » (e non equivale perciò, può aggiungersi, ad assenza di diritto) e come d'altronde l'ipotesi di vera anarchia sia, in pratica, estremamente improbabile, e verificabile semmai entro limiti di tempo molto ristretti. Quelle che comunemente si chiamano di anarchia (a parte l'accezione volgare della parola) sono, in realtà, situazioni poliarchiche (coesistenza nel medesimo gruppo sociale di più poteri tra loro indipendenti e, di regola, confliggenti), riscontrabili allorché venga a mancare o non sia più in grado di operare un potere politico unitario: cfr. anche BISCOTTINI, *L'annessione*, cit., p. 172 (l'anarchia come « inesistenza di un governo generale e riconosciuto, senza che sia esclusa l'esistenza di una molteplicità di governi di fatto »). Non estingue lo Stato, peraltro, una temporanea e parziale sospensione dell'efficacia dell'organizzazione autoritaria, per l'insorgere di governi locali insurrezionali che si rivelino effimeri (cosidetto « interregno »: caso dell'Italia 1943-1945): che, poi, l'organizzazione governante attorno alla quale si ricostituisce l'unità politica del gruppo sia diversamente strutturata, si richiami a diversi principî, si fondi sopra una nuova costituzione, ecc., sono tutte circostanze importantissime sotto il profilo politico (che possono anche avere conseguenze in diritto internazionale, in tema, ad es., di riconoscimento del governo), ma irrilevanti ai fini della continuità (*infra*, n. 6, nota 50). *Contra*, in coerenza con le premesse da lui poste, GUELI, *Elementi di una dottrina dello Stato e del diritto*, Roma 1959, p. 318 ss.; nel senso, invece, qui accolto, di attribuire valore decisivo alla durata della fase poliarchica, NAWIASKY, *Allgemeine Staatslehre*, III, Ensiedeln-Zürich-Köln 1957, p. 137.

bero altre norme applicabili, salvo poche costituzionali fondamentalissime, dovendosi attendere che i nuovi organi legislativi da queste istituiti abbiano avuto tempo e modo di esplicare la loro funzione). Una tesi che ha per sé l'autorità del Romano ravvisa, anzi, nell'annessione, l'annessione *di un ordinamento giuridico*, ammettendo (con qualche ambiguità) una novazione solo « soggettiva », che « non fa venir meno l'identità obiettiva dell'ordinamento stesso » ([32]): mentre, più spesso, si ritiene in dottrina che la « recezione » sia implicita nell'atto che sancisce l'annessione, ricorrendosi, cioè, ad una costruzione strettamente analoga a quella più comunemente adoperata per le ipotesi di rivoluzione ([33]).

([32]) *L'ordinamento giuridico*, Pisa 1918, p. 169 ss. e *Corso*, cit., pp. 135-136. Si tenga presente, però, quel che significa per il Romano ordinamento giuridico (= istituzione o organizzazione sociale), così che, nelle varie ipotesi di « successione » di Stati, sarebbe l'ordinamento, nella molteplice ed eterogenea totalità dei suoi elementi costitutivi, che sopravvive, trapassando in quello dello Stato « successore ». Ad ogni modo, che la estinzione della personalità (internazionale) dello Stato o una sua diminuzione territoriale non implichi « la dissoluzione completa del suo ordinamento giuridico » (o di quello vigente nei territori perduti ed annessi ad altro Stato) è nettamente affermato dall'A., con la esatta avvertenza che lo Stato successore ben potrà rimuovere l'effetto del passaggio « con un altro suo atto che modifichi il contenuto del diritto che ha assunto. Finché però questa rimozione non avvenga *positivamente* (corsivo nostro), si ha che l'ordinamento dello Stato medesimo resta nel suo contenuto influenzato da un altro ordinamento ». Ed altrove (*Di una particolare figura*, cit., p. 362), lo stesso Romano così precisa il suo pensiero: « il principio generale è quello della continuità dell'ordinamento annesso, che si perpetua, finché non è modificato, nell'ordinamento in cui si trasfonde ».

([33]) *Contra*, però, GIULIANO, *Annessione*, in *Enc. dir.*, cit., II, p. 466, ritenendo che, semmai, implicita dovrebb'essere la volontà dello Stato annettente di estendere immediatamente ai territori annessi l'ordinamento giuridico già in esso vigente. La tesi della « presunzione » è contestata anche, sebbene meno recisamente, dal TOSATO, *Problemi di diritto costituzionale e amministrativo relativi ai territori annessi*, in *Com. e studi dell'Ist. dir. internaz. e str. Univ. Milano*, 1942, pp. 23-24 il quale aderisce alla dottrina del Romano, di cui alla nota prec., pur seguitando a parlare di « recezione ». La concezione della recezione tacita è stata precisata dal QUADRI, *Disposizioni transitorie*, in *Novissimo Dig. it.*, V, Torino, 1957, p. 1133, nel senso che in ogni ordinamento costituzionale sarebbe implicito un principio che consente la provvisoria recezione nell'ordinamento dello Stato annettente delle regole vigenti al momento del trapasso di sovranità. La coerenza formale di tale costruzione è innegabile, ma essa rivela ad occhio nudo il carattere di *deus ex machina* del ricorso alla figura della « recezione », specialmente poi se applicata ai rapporti con il diritto anteriore nelle ipotesi di mutamenti rivoluzionari della costituzione.

Ma è contraddittorio sostenere insieme le due cose, la « recezione » implicita o necessaria (e pertanto, da presumersi), e la « recezione » espressamente disposta a più o meno lungo intervallo di tempo: se infatti, la « recezione » è già (o deve ritenersi) implicita nell'atto di annessione o nel primo instaurarsi di un nuovo ordinamento costituzionale per vie extralegali, le successive disposizioni che eventualmente intervengano a prescriverla (sotto forma di non abrogazione o di espresso mantenimento in vigore) non potrebbero avere che valore confermativo (od eventualmente limitativo) di una « recezione » avvenuta indipendentemente da esse; se, invece, è a queste ultime che deve aversi riguardo, resta pur sempre da spiegare come si giustifichi il perdurare, nel frattempo, di tanta parte del diritto anteriore ([34]).

5. Che il problema della *continuità* non si risolva in quello della legale *modificabilità* dell'ordinamento normativo, risulta confermato riflettendo sulla equivocità dei concetti di « ordinamento giuridico statale » e di « Stato », ai quali il primo viene comunemente riferito. Non si tratta soltanto di distinguere, come quasi tutti fanno, ormai, tra Stato-apparato o Stato-persona e Stato-comunità, come pure tra il punto di vista del diritto internazionale e il punto di vista del diritto interno, quanto anzitutto di chiarire a che cosa si intenda alludere quando si dice che, verificandosi certi mutamenti, *lo Stato si estingue* (o *l'ordinamento statale* si estingue). Basta ricordare quel

([34]) È questo un vecchio argomento, che non pare tuttavia superato, contro la tesi che vorrebbe fondare la persistenza del diritto anteriore sopra una « recezione » da parte del nuovo ordinamento (cfr. già l'ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg 1935, p. 24, esattamente rilevando che le norme anteriori valgono *malgrado* la rivoluzione, mentre, per la teoria della « recezione », dovrebbero rimaner fuori dell'ordinamento dal momento della rivoluzione fino a quello della « recezione »; BALLARORE PALLIERI, *L'estinzione di fatto degli Stati secondo il diritto internazionale*, in *Ann. Univ. Messina*, 1931, p. 331 ss.).

Recentemente, l'ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, Milano 1961, I, p. 612 ss., ha definito « aberrante » la concezione secondo cui « norme morte o non più esistenti... rinascerebbero in virtù di una tacita riemissione o riconoscimento della nuova norma fondamentale »; la risposta del MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 212, nota 205, non oppone nuovi argomenti, ma ripropone il problema del fondamento di validità delle norme anteriori conservate in vigore; che non è detto, però, non trovi altra soluzione all'infuori della tesi della « recezione » (*infra*, n. 5, testo e nota 41).

che significa l'equazione Stato = ordinamento giuridico, in Kelsen, e rispettivamente, in Romano. Per il primo, lo Stato *è* ordinamento giuridico, quale *sistema normativo*, mero complesso di norme nella loro concatenazione produttiva([35]); per il secondo, lo Stato *è* ordinamento giuridico nel ben diverso senso di « istituzione », ente o corpo sociale organizzato, che non si esaurisce in un sistema di norme, pur esprimendosi *anche* attraverso le sue norme: nel medesimo senso, insomma, in cui da coloro (e sono la maggioranza) che mantengono il concetto del diritto come norma, si suol dire piuttosto che lo Stato *ha* un ordinamento giuridico([36]).

([35]) Efficacemente la posizione kelseniana è schematizzata dal CAMMARATA, *Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza* (1925), ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Trieste 1961, p. 26, nota 2, nella serie di equazioni: *Staat* = *Rechtsordnung* = *Normensystem* = *Recht*.

([36]) È stato peraltro rilevato (dal CAMMARATA, *Contributi*, cit., p. 104) che, a rigor di termini, il concetto di ordinamento giuridico indica « la considerazione unitaria di una pluralità di soggetti giuridici come un tutto unitario a sé stante » (ed in questo senso, dunque, può esattamente dirsi che lo Stato è un ordinamento giuridico, senza che ciò implichi adesione alla concezione istituzionistica romaniana); e perciò, altro sarebbe affermare che non vi è ordinamento giuridico senza sistema di norme giuridiche e viceversa, altro « dire che ordinamento giuridico e sistema di norme giuridiche sono la stessa cosa ». In verità, del concetto di o.g. fanno parte i due aspetti, inseparabili e interdipendenti, della plurisoggettività e della normazione (*ordo ordinatus* e *ordo ordinans*: v. le nostre *Lezioni*, cit., p. 184 ss.): come giustamente si è detto (ORESTANO R., *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus*, 1962, p. 7), l'aspetto « più fecondo » del concetto di o.g. è « l'unificazione concettuale che permette di compiere fra determinate strutture organizzative di gruppo e il momento normativo del diritto »..., tra « l'*essere* e il *dover essere* » (con l'ulteriore precisazione, aggiungeremmo, che le « strutture organizzative » si risolvono in definitiva in azioni giuridiche di soggetti o ne costituiscono il risultato). Nulla vieta, poi, quando si sia ben chiarito il duplice riferimento implicito nell'espressione o.g., che questa venga anche adoperata, come spesso avviene nell'uso corrente, per designare l'ordinamento limitatamente al suo aspetto normativo, *alias* il diritto oggettivo o quello che il Cammarata preferisce chiamare « il sistema normativo ». Con l'avvertenza che quest'ultima formula non è esente da qualche ambiguità, poiché la normazione corrispondente a un determinato gruppo sociale — in sé e per sé, nella sua immediatezza empirica — possiede, al più, una intrinseca « vocazione » a farsi sistema, ma tale non diventa davvero se non attraverso la mediazione della conoscenza dommatica, la quale implica e presuppone a sua volta l'attività interpretativa. Il rilievo non è senza conseguenze ai fini di quanto si sta per dire nel testo a proposito della cosiddetta « estinzione » dell'ordinamento (o del sistema?): v. *infra*, nota 38.

Per le concezioni di stretta osservanza kelseniana, allora, affermare che il problema della identità-continuità dello Stato è tutt'uno con quello della identità-continuità del diritto, *e cioè del sistema normativo*, nel quale lo Stato si risolverebbe senza residui, ha un suo logico significato: salvo stabilire quando le deviazioni dal sistema siano tali da determinarne la frattura e perciò costringano l'interprete ad *uscire dal sistema*, estintosi, per dar vita ad un nuovo sistema (e dunque, nella logica della teoria, ad un nuovo diritto e ad un nuovo Stato).

Sorprende, invece, che il problema venga posto nello stesso modo da dottrine che hanno dello Stato un concetto diverso, e magari profondamente diverso. Per chi rifiuti di identificare lo Stato con il diritto, ravvisando nel sistema normativo soltanto un aspetto (necessario ed integrante, ma un aspetto) dell'ordinamento statale complessivamente inteso, il criterio per stabilire la persistenza o il venir meno *dello Stato* non può ridursi né equivalere a quelli, più o meno esatti, che si assumano per determinare l'unità e continuità sistematica dell'ordinamento normativo.

Invero, non appena si abbandoni la concettuologia kelseniana, ci si avvede come continuità ed estinzione *del sistema, del diritto e dello Stato* diano luogo a tre ordini di problemi, che pur presentando delle interferenze reciproche, devono essere distintamente considerati e sono suscettibili di soluzione diversa. Che, verificandosi certi mutamenti costituzionali, il sistema « si estingua », può dirsi, se così piace, ma nel senso semplicemente che il sistema dommatico entro cui si componeva precedentemente a coerente unità il diritto oggettivo, nel suo aspetto statico e nella sua potenzialità dinamica, sintesi, cioè, di *jus conditum* e *jus condendum*, diviene inutilizzabile, e un diverso sistema dev'essere ricostruito alla stregua dei nuovi, e dei vecchi, dati normativi (nella misura, questi ultimi, in cui si rivelino tuttora validamente vigenti). Né rileva, sotto questo profilo, la differenza tra mutamenti legali e illegali, consentiti o vietati dall'ordinamento costituzionale anteriormente in vigore o dalla sua norma fondamentale o dai suoi principî di regime, giacché, in entrambi i casi, non potendo il sistema essere campato in aria, ma dovendo adeguarsi al dato oggettivo, sorge del pari l'esigenza di rinnovarlo (nel senso ora accennato). Vero è, peraltro, che, quando il mutamento sia illegale, mancando la regolare deducibilità delle norme che lo operano dalle preesistenti norme sul mutamento, può risultarne formalmente interrotta la dimensione temporale del sistema: di guisa che, ad ammette-

re che l'unità del sistema sia esclusivamente dinamico-formale, secondo la concezione della Scuola di Vienna, e ad accogliere l'interpretazione *deduttivistica* della *Grundnorm*, solamente in questa ipotesi, e non anche nell'ipotesi di mutamenti legali, si avrebbe estinzione del sistema ([37]).

([37]) È chiaro, invece, che per chi non condivida le due premesse ricordate nel testo, *qualunque* mutamento del sistema delle fonti, ossia dei congegni traverso i quali si realizza l'unità dialettica di *jus conditum* e *jus condendum*, rende egualmente inutilizzabile (ed in questo senso, « estingue ») il sistema precedentemente costruito (si rammenti al riguardo l'acuto rilievo del Ross, preso in esame alla nota 18). Non soltanto continuerebbe il diritto, ma persisterebbe addirittura il sistema, nel suo significato dinamico-formale evidenziato dalla Scuola di Vienna, pur nei casi di mutamento illegale, accogliendo, invece, la concezione del BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*², Milano 1964, p. 258 ss., che assume la norma fondamentale dell'ordinamento statale come elevante « la positività a fattispecie fondamentale » (« si assumono come norme valide tutte quelle che riescano in fatto ad acquistare positività e a valere effettivamente come norme in un determinato ambito sociale »). Il B. richiama, a sostegno e a « precedenti » più o meno diretti della tesi, da un lato, il pensiero dello stesso Kelsen, laddove fonda la continuità dello Stato, alla stregua dell'ordinamento internazionale, sul principio di effettività, quale principio normativo (positivamente) contenuto in tale ordinamento; dall'altro lato, il pensiero del Romano, per cui lo Stato si legittima da sé, è legittimo in quanto esiste, e « diritto è soltanto quello che ha avuto la forza di divenire e di imporsi come diritto positivo » (*L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, 1901, ora in *Scritti minori*, cit., p. 115). Ma quel che sembra difficile ammettere, specie con riguardo agli ordinamenti di tipo continentale dotati di un sistema tendenzialmente « chiuso » di fonti precostituite, è che, nelle pieghe della costituzione o della sua norma fondamentale, sia dato rinvenire (o possa introdursi a guisa di postulato ai fini della costruzione dommatica del sistema) un principio come quello enunciato dal B., legittimante una volta per tutte qualsiasi mutamento del diritto, purché rivelatosi effettivo (*ex post*: poiché, come dice benissimo l'A. a p. 245, la positività è « un risultato »): ed insomma che la rivoluzione sia, *de jure condito*, prevista come fonte di diritto, o sia comunque dommaticamente configurabile come un « istituto » giuridico, analogamente alla guerra nel diritto internazionale (restano illuminanti in contrario le pagine del ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 221 ss.). È già dubbio (sopra, nota 12) che possa presumersi la inerenza a un ordinamento statale di una norma implicitamente legittimante la « necessità » a fondamento di qualsiasi atto o norma, ovvero autorizzante determinate autorità a provvedere liberamente in situazioni di « crisi » dell'ordinamento: ma, almeno, norme siffatte sarebbero suscettibili di *formare sistema*, integrandosi con le restanti norme sulle fonti, rispetto alle quali si porrebbero in rapporto di eccezione a regola, con un loro campo di applicazione previamente delimitato, anche se subordinatamente

È certo, comunque, ed è questo il punto che ora qui interessa sottolineare, che ciò non equivarrebbe tuttavia, ad estinzione dell'ordinamento come *jus conditum* ([38]); o altrimenti detto, che in nessun caso vengono necessariamente meno *tutte* le norme che costituivano il diritto oggettivo anteriore (salvo reviviscenza attraverso quella tale « recezione », della quale si è cercato di mostrare l'ambiguità e l'inconsistenza). Quel che « *si estingue* », nella realtà dell'esperienza giuridica, è la capacità produttiva di diritto delle vecchie fonti: fenomeno che si esprime correttamente, e fuori di metafora, come *cessazione della vigenza delle norme anteriori sulle fonti*, alle quali altre vengono, in tutto od in parte, a sostituirsi per l'avvenire. Sempre, infatti, per l'intima connessione che sussiste tra fonti normative e valori politici cui si informa un ordinamento determinato, le trasformazioni

al verificarsi di presupposti e condizioni per forza di cose genericamente ipotizzati e valutabili con apprezzamento largamente discrezionale. Viceversa, il principio di effettività, così come inteso dal B., o sarebbe addirittura il solo ed ultimo principio costitutivo del sistema, vanificando in partenza le fonti formali e le norme rispettive; o sarebbe illimitatamente interscambiabile con queste ultime, rendendosi allora impossibile la costruzione di un sistema purchessia. La prima evenienza, appunto, ricorre nella dottrina kelseniana per la *Grundnorm* dei singoli ordinamenti statali, quando sia riguardata come norma positiva del diritto internazionale, e si comprende quindi perché non sia invece possibile valersene senza contraddizione per foggiare la *Grundnorm* degli stessi ordinamenti, in sé e per sé considerati, prescindendo dal « primato » del diritto internazionale. Né sarebbe invocabile in favore della concezione del B. la costruzione della Scuola di Vienna (sopra, note 12 e 16), della possibile validità del diritto creato contrariamente al diritto, poiché questa si riferisce soltanto ai casi in cui, in sede di disciplina di diritto positivo, atti e norme difformi dalle norme sulle fonti siano tuttavia, provvisoriamente (fino ad eliminazione dall'ordinamento), ovvero definitivamente, « tollerati » come atti e norme validi (ed in sostanza, dunque, anche qui, in rapporto di eccezione a regola nei confronti dell'alternativa « preferita », posta dalle stesse norme sulle fonti). Per concludere, il criterio (piuttosto che « principio »: PIOVANI, *op. cit.*, pp. 47-48, nota 23) di effettività è un criterio teoretico, che interviene successivamente a guisa dell'uccello di Minerva, del quale la scienza giuridica si serve come di criterio sussidiario ed *extrema ratio*, allorché non può non « prendere atto » dei fatti compiuti e quindi degli stessi mutamenti costituzionali illegalmente verificatisi (i quali, però, alla stregua del sistema entro e contro cui hanno avuto luogo, sono e rimangono senza dubbio illegali).

([38]) Sostanzialmente ineccepibile, in questo senso, malgrado l'identificazione nominale di ordinamento e sistema, la critica dello ZICCARDI, *La costituzione*, cit., p. 138 ss., all'opinione che ravvisa « l'estinzione di un ordinamento (*rectius*, sistema) come segno del venir meno di ogni organizzazione giuridica là dove vigeva l'ordinamento (*rectius*, sistema) estinto ».

costituzionali (legali ed illegali) implicano, in varia misura, una diversa disciplina delle fonti, ossia dei modi di creazione del diritto oggettivo: ma, così come la soppressione di una fonte legalmente disposta (abrogazione della norma istituente quella fonte) non determina, di per sé stessa, abrogazione [e meno che mai, « estinzione »([39])] delle norme che furono dalla fonte medesima validamente prodotte, non vi sono ragioni per ritenere diversamente qualora la soppressione sia stata, invece, illegale rispetto al sistema anteriore (conseguenza, cioè, di un fatto rivoluzionario, od anche conseguenza del fatto della intervenuta effettiva estinzione dello Stato, nelle ipotesi cui si accennerà più oltre)([40]). I congegni ai quali era per l'innanzi affidato il rinnovarsi del diritto avranno — ecco tutto — cessato di operare,

([39]) L'abrogazione, infatti, non estingue, se non per modo di dire, le norme cui si riferisce, poiché queste, pur dopo l'abrogazione, sono tuttavia suscettibili, com'è ben noto, di ricevere più o meno estesa applicazione. Anche un'abrogazione disposta, eccezionalmente, con effetto retroattivo, lascia sussistere, quanto meno, gli effetti già prodotti dalle norme abrogate durante il periodo della loro vigenza. Né l'abrogazione ha di per sé efficacia ripristinatoria della situazione normativa preesistente alle norme abrogate (per qualche maggiore sviluppo cfr. le nostre *Lezioni*, cit., p. 300 ss.).

([40]) Esattamente, sul punto, GUELI, *Elementi di una dottrina*, cit., p. 324, i rilievi del quale sono tanto più significativi nel senso qui accolto, in quanto l'A. è tra coloro che ritengono estinto l'ordinamento statale in caso di cambiamento della costituzione materiale. In senso conf. v. anche PIERANDREI, *La rivoluzione e il diritto*, in *Nuova riv. dir. comm., dir. econ., dir. soc.*, 1952, pp. 17-18 dell'estratto, giudicando « interessante » ma non necessaria l'idea della « ricezione » dell'antico diritto, e richiamandosi anche al principio della conservazione dei valori giuridici (in ordine all'applicabilità del quale ai casi in esame potrebbe tuttavia sorgere qualche dubbio). D'altronde, che, trattandosi di mutamento rivoluzionario, gli atti e le norme in cui questo si esprime (soppressivi, ad es., di istituti e norme costituzionali, e tra queste di norme sulle fonti) siano, alla stregua del diritto anteriore (e vigente al momento del loro prodursi), illegittimi, o concretino fatti illeciti, e siano addirittura da considerare inesistenti come atti e norme, non implica che all'inverso, alla stregua del nuovo sistema, debbano considerarsi degradati al livello del fatto gli atti e le norme precedenti, né tanto meno l'intero diritto che essi concorrevano a costituire. Il nuovo diritto è, dunque, libero di valutare come si ritiene politicamente più opportuno il diritto anteriore, nell'insieme od in singole sue parti: libero, perciò, anche di « disconoscerlo » in tutto o in parte (v. però, sopra, n. 4, testo e note 21 e 24, nonché *infra*, nota 67), anche se, di solito, ciò non avvenga, e gli effetti interni dei mutamenti rivoluzionari ricalchino gli schemi consueti e « fisiologici » della successione di norme e di atti nel tempo (o della gerarchia delle fonti e delle norme, della « forza » del giudicato, ecc.).

e in loro luogo altri ne saranno sorti: e dipenderà ormai dalle nuove fonti l'ulteriore vigenza del restante diritto anteriore([41]), che potrà

([41]) Il problema cosidetto del fondamento di validità delle norme anteriori nella nuova situazione dovrebbe ricevere, perciò, una soluzione molto semplice (tanto da poter sembrare ovvia). Pacifico che un tale fondamento dev'essere ricercato, dopo l'intervenuto mutamento, nel sistema successivamente affermatosi (ovvero, in termini realistici ma sostanzialmente equivalenti, nella autorità politica sostituitasi a quella precedente, che alle vecchie norme séguiti a prestare riconoscimento e tutela), il titolo della ulteriore vigenza del diritto anteriore o di sue parti consisterà nella duplice circostanza, dell'essere le norme che lo costituiscono vigenti al momento dell'entrata in funzione delle nuove fonti, e del non essere state abrogate (o modificate) da queste ultime, le quali solamente ne avrebbero ormai la possibilità (giuridica e di fatto: *infra*, nel testo, alla fine di questo n.). In altre parole, le norme anteriori sono assunte come vigenti perché vigenti, e tali permangono fino a contraria disposizione delle fonti competenti, secondo la profonda intuizione del Romano (loc. cit. alla nota 32), formulata con specifico riguardo ai casi di incorporazione e di annessione, ma valevole a maggior ragione per l'ipotesi di mutamenti costituzionali e indipendentemente dalle peculiarità della concezione istituzionistica del diritto. Potrebbe, semmai, sorgere dubbio se la vigenza delle vecchie norme debba determinarsi in base al criterio formale, dell'essere state prodotte da fonti idonee secondo il diritto del tempo della loro emissione, oppure in base al criterio fattuale, dell'essere realmente vigenti (ossia, concretamente efficaci) al momento del trapasso: una più attenta considerazione della incertezza giuridica che conseguirebbe dall'accogliere quest'ultima alternativa e un richiamo delle più note esperienze storiche di mutamenti costituzionali e di annessioni, incorporazioni, fusioni e smembramenti di Stati convince a respingerla, per aderire, invece, alla prima, ritenendo, cioè, che sia il diritto anteriore *formalmente* vigente (in quanto validamente prodotto), e non il diritto anteriore *effettivamente* vigente (in quanto tuttora praticamente osservato), che continua ad aver vigore salvo (e sino a) abrogazione (*ex nunc* od *ex tunc*) da parte delle nuove fonti. Quanto, poi, alla validità nel senso più ristretto di conformità all'ordine legale (assenza di vizi), è implicito nel già detto che essa sarà da apprezzare alla stregua del sistema anteriore, sotto il profilo del procedimento e della forma, e alla stregua del sistema successivo, sotto il distinto e diverso profilo dei contenuti normativi. In senso sostanzialmente conf. all'impostazione qui accennata, v., oltre il Romano, WENZEL, *Juristische Grundprobleme*, I, Berlin 1920, p. 140 ss., e spec. ENGISCH, *op. cit.*, p. 23 ss. (per il quale l'unità e l'identità di un ordinamento giuridico sono dati dalla circostanza che una determinata comunità, retta sino ad un certo momento da un ordinamento giuridico, « einerseits diese bisherige Rechtsordnung teilweise als weiter gültig anerkennt, andererseits aber... eine neue Instanz mit der Befugnis ausstatten Normen der alten Rechtsordnung aufzuheben, sowie neue Normen zu setzen »); ma in qualche modo, anche ZICCARDI, *La costituzione*, cit., p. 138 (osservando come la giuridicità delle norme preesistenti e perduranti, « possa dipendere sufficientemente dal

essere infatti, a seconda dei casi, e come ci insegna la storia costituzionale, più o meno largamente e profondamente modificato nei suoi vari settori.

Di solito, sono le norme disciplinanti istituti e rapporti politici e poche altre con queste più strettamente connesse, ad essere immediatamente abrogate e modificate; anche se non può escludersi che l'effetto abrogativo investa, talora, gruppi assai più numerosi di norme, o che abbia addirittura riferimento globale all'intero diritto anteriore ([42]), o che l'abrogazione venga disposta con effetto retroattivo, così da rendere applicabili a situazioni e rapporti antecedenti il nuovo diritto: purché resti salvo quel minimo indispensabile affinchè permanga lo Stato come ordinamento complessivo, e cioè popolo politicamente ordinato ([43]).

solo fatto che esse non vengono escluse dall'ordinamento ») e recentemente BARILE G., *Diritto internazionale e diritto interno*, II, in questa *Rivista*, 1957, p. 89 (con riguardo al solo diritto scritto o « volontario »). Quanto, poi, al fondamento di validità delle nuove norme costituzionali, e di quelle sulle fonti in particolare, nell'ipotesi di mutamento illegale, esso non può trovarsi che nel fatto stesso del loro affermarsi ed operare in luogo di (e contro) quelle sino allora vigenti. Qui, e nel senso cui si è accennato più sopra alla nota 36, giuoca, dunque, il criterio dell'effettività, che segna, se si vuole, il punto di resa del formalismo giuridico dinanzi al dato insuperabile dell'esperienza reale. Sempre torna in mente a chi scrive, a più di trent'anni di distanza, l'esempio raccolto dalla viva voce dell'Orlando nelle sue lezioni nella vecchia « Sapienza » romana, di quel Procuratore generale della Cassazione di Parigi che, « quando gli fu annunciato il famoso colpo di Stato del 2 dicembre, rispose "ma l'atto è illegittimo, la Cassazione lo annullerà" » (cfr. le « Dispense » dell'Anno accademico 1928-29, p. 150).

([42]) È da rilevare altresì, con riguardo all'ipotesi di abrogazione globale cui si accenna nel testo, che spesso le formule normative che la dichiarano sono accompagnate da espressa riserva, facente eccezione per le norme anteriori non contrastanti con il nuovo ordine costituzionale, e perciò soltanto in apparenza dispongono abrogazione in blocco del diritto anteriore, traducendosi più esattamente, in realtà, nella abrogazione delle sole norme dichiarate (dal legislatore) o riconosciute (dall'interprete) incompatibili (v. *infra*, nota 44).

([43]) Cfr., per tutti, KELSEN, *Teoria generale*, cit., p. 224 (uno Stato rimane lo stesso se i mutamenti anche fondamentali siano compiuti in modo legale, ecc... « *purché il mutamento non comporti la cessazione della validità dell'ordinamento giuridico nel suo complesso* »); ma v. anche, adesso, nel medesimo senso, BALLADORE PALLIERI, *Dottrina*, cit., p. 210, e per la diversa opinione del Nawiasky, *infra*, n. 7, nota 62. Quel che non può essere negato o disconosciuto è la sovranità dell'ordinamento (che cesserebbe altrimenti di essere un ordinamento statale) e l'appartenenza ad esso di coloro che ne co-

Entro questo limite insuperabile, tutti gli altri, poc'anzi accennati, sono semplicemente problemi di interpretazione, da porre e risolvere, perciò, sul piano dommatico. Com'è pure questione di interpretazione stabilire se, nei casi di espressa conferma legislativa di norme anteriori, debba eventualmente argomentarsi una convalidazione provvisoria di esse, temporaneamente sottratte alla sorte che sarebbe loro riservata in base ai comuni principî ([44]).

stituiscono i soggetti primari e necessari (*infra*, nota 52): né il potere unificante, dunque, né la indipendenza di tale potere, né il popolo che ne costituiva la base e la sfera di esplicazione. Con l'avvertenza che la soppressione, formalmente limitata ad uno soltanto di questi elementi, si traduce egualmente nel venir meno degli altri, e cioè dello Stato nel suo insieme: la rivoluzione bolscevica del 1917, ad es., con la famosa « Dichiarazione dei diritti dei popoli della Russia » e con lo smembramento che si ritenga effettivamente seguitone dell'antica unità politica dell'Impero zarista (*infra*, nota 59), avrebbe indirettamente ma simultaneamente abolito, con la sovranità, la precedente cittadinanza dell'Impero. La rivolta degli schiavi, che si costituissero in popolo, riducendo in schiavitù coloro che prima ne facevano parte, segnerebbe anche — in astratta ipotesi — la fine del potere preesistente e l'inizio di un nuovo ordinamento statale. E, per restare al concreto, in tutti i casi di incorporazione, fusione, smembramento, potere unitario, sovranità e popolo si estinguono necessariamente tutti insieme, *uno actu*.

([44]) Come criterio di massima, carattere propriamente confermativo, nel senso di convalida (o sanatoria) indicato nel testo, sarà da riconoscere piuttosto a disposizioni proclamanti che restano provvisoriamente in vigore o sono tenute ferme singole particolari norme o particolari gruppi di norme ad oggetto delimitato (si veda, ad es., la VII disp. trans. della nostra Costituzione, al primo comma), anziché a disposizioni di analogo tenore ma riferentisi globalmente al diritto anteriore o alla legislazione anteriore. Non è escluso, tuttavia, che anche in questa seconda ipotesi, quando risulti esplicita menzione della provvisorietà del mantenimento in vigore, possa giungersi, in sede interpretativa, alla medesima conclusione, com'è avvenuto in Austria per il par. 2 della legge cost. n. 6 del 1945, sebbene argomentandosi, invece, dalla pretesa natura di *Rezeptionsklausel* di tale disposizione nei confronti della legislazione anteriore. Dalle disposizioni di convalida devono essere tenute distinte quelle meramente confermative di particolari norme anteriori, che o ne presuppongono e ne contestano la vigenza, senza sostituirvisi, ovvero ed al più, si limitano a sottrarle all'effetto abrogativo contestualmente disposto nei confronti della restante legislazione anteriore o dei settori normativi cui quelle appartenevano (funzionano, cioè, come limite all'abrogazione). Né convalida né conferma esprimono, infine, disposizioni come quella, ad es., dell'art. 178, 2° comma, della Costituzione di Weimar (« le altre leggi ed i regolamenti rimangono in vigore in quanto non contrastino con la presente Costituzione »), che tengono fermo il diritto preesistente nei limiti in cui non ricorra abroga-

Il « materiale » del nuovo sistema è, dunque, in diversa misura (concretamente, di solito, in larga misura), quello stesso del precedente sistema: le nuove norme, pur se rivoluzionariamente prodotte, non entrano in vigore in uno spazio vuoto, ma in uno spazio già bene occupato e presidiato dalla normazione anteriore, e questa presuppongono anche per contraddirla, ogni volta in cui la contraddicono, modificandola in queste od in quelle sue parti; incidono sulla medesima convivenza ordinata che preesisteva al mutamento, implicitamente ma univocamente assumendo la giuridicità delle situazioni e dei rapporti in cui essa, *sub specie juris*, si articolava e specificava nel passato. Comunque e qualsiasi cosa dispongano le nuove fonti, dispongano solo per l'avvenire ovvero anche retroattivamente, sempre hanno riferimento a relazioni che erano già, per l'innanzi, giuridicamente qualificate: di guisa che vecchio e nuovo, passato e presente necessariamente si intrecciano per comporsi e ricomporsi a sistema unitario. Persino se e quando, come talora può accadere, norme ed atti anteriori siano « disconosciuti » (proclamati « inefficaci » o « nulli » o « inesistenti »), la loro rilevanza è paradossalmente, riconosciuta, nel momento stesso in cui viene (anche, ma non sempre, ora per allora) negata *ex post*.

Ed è proprio l'effettività del subentrare delle nuove fonti e delle nuove norme, e perciò l'effettivo caducarsi delle antiche, ed insomma, in linea più generale, l'effettivo verificarsi degli effetti giuridici disposti dal nuovo diritto, il criterio che consente di ricostituire l'unità dell'ordinamento normativo anche nella sua dimensione dinamico-temporale. Nei confronti di un ordinamento estraneo (che sia, e permanga, realmente, tale), l'ordinamento dello Stato che si considera potrà richiamare, o non, determinate norme; riconoscere e rendere efficaci nel proprio interno determinati atti, ovvero ignorarli: tutto potrà fare, tranne che regolarne diversamente le fonti, abrogarne effettivamente o modificarne le norme, eliminare le conseguenze giuridiche da queste prodotte. Se lo fa, e vi riesce, segno è che tra i due sistemi non c'è (o non c'è più) barriera divisoria, come tra sistemi relativi a ordinamenti tra loro estranei: vale a dire che *siamo pur sem-*

zione espressa o abrogazione tacita per incompatibilità con le norme successive, in realtà prescrivendo (od autorizzando l'interprete a riconoscere e dichiarare caso per caso) l'abrogazione delle norme anteriori incompatibili, ed equivalendo perciò, in tutto e per tutto, alle consuete formule di abrogazione contenute nei testi costituzionali, cui si è sopra accennato al n. 4 (v. anche la nota 42).

pre (caso delle trasformazioni costituzionali), ovvero che *entriamo a partire da un certo momento* (casi di « successione » per estinzione dello Stato preesistente) nell'ambito di un solo ed unico ordinamento sovrano ([45]).

6. Ma trasformazioni costituzionali, legali o rivoluzionarie, e conseguente sostituzione di nuove fonti, abrogazione in maggiore o minor misura del diritto preesistente, non equivalgono ad estinzione dello Stato né postulano per necessità logica una tale estinzione. La quale, rappresentando un evento esattamente inverso a quello della « nascita » dello Stato, potrà e dovrà affermarsi limitatamente ai casi in cui vengano meno — in fatto — gli elementi o « dati » essenziali, nel concorso e nella reciproca correlazione dei quali sussiste il fenomeno statale ([46]): e dunque, quando vi sia disgregazione del vincolo

([45]) Anche nelle ipotesi di annessione ed incorporazione, fusione e smembramento, infatti, dipende ormai dalle fonti divenute competenti (ossia, qui, dalle fonti dello Stato « successore ») la sorte delle norme che erano state precedentemente prodotte dalle fonti dell'ordinamento cessato. Risulta così il senso, sia pure non rigorosamente tecnico (sopra, nota 9), in cui è possibile parlare di « successione », quando sia venuta meno l'identità-continuità o quando parti di uno Stato se ne siano distaccate, per essere annesse ad altro o ad altri, o per costituirsi in altrettante nuove formazioni statali. In ogni caso, o per attrazione nella sfera di efficacia di un ordinamento politico (e di un potere) preesistente ed originariamente estraneo, o per ricostituzione *ex novo* di uno o più ordinamenti politici nel vuoto determinatosi per la estinzione di uno o più altri, si assiste al susseguirsi e subentrare di potere a potere, di fonti a fonti.

([46]) Non si vuole con questo rinverdire nei suoi aspetti più artificiosi e barocchi, la tradizionale concezione dei cosidetti « elementi costitutivi » dello Stato, ma solo riaffermare che, concettualmente, si ha uno Stato quando ricorrano determinati presupposti reali e questi si presentino tra loro collegati in un determinato modo: v., ad es., DONATI D., *op. cit.*, p. 6; QUADRI, *Stato*, 1940, ora in *Problemi di teoria generale del diritto*, Napoli, 1950, p. 83 ss.; MORELLI, *Nozioni*, cit., p. 138 — ma trattasi di dottrina sostanzialmente concorde, dalla quale non diverge, a rigore, neppure il Kelsen, a parte la correzione derivante dalla tesi del primato dell'ordinamento internazionale (« per l'ordinamento internazionale, lo Stato esiste dal momento in cui un ordinamento coercitivo sottoposto soltanto al diritto internazionale è diventato efficace per un dato territorio » — *Théorie générale*, cit., p. 205). Sulla necessaria reciproca correlazione degli elementi dello Stato insiste giustamente il LAVAGNA, *Diritto costituzionale*, I, Milano, 1957, p. 87, affermando che tra essi « si determina una insopprimibile implicazione concettuale » (facciamo, però, qualche riserva per il territorio: *infra*, nota 48). È

politico unitario, che faceva di una collettività umana « il popolo » di uno Stato, ovvero perdita definitiva dell'indipendenza (e cioè, degradazione dell'ordinamento dal piano della sovranità, quindi della statalità, ad un piano inferiore)([47]).

stato, bensì, obiettato dall'ESPOSITO (*Lo Stato e la nazione italiana*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 452 ss.; *Lo Stato fascista*, in *Jus*, 1940, p. 102 ss.) che quali elementi entrino a costituire lo Stato può stabilirsi soltanto alla stregua di ogni singolo diritto positivo, ma il rilievo non sembra convincente: non si contesta che ciascuno Stato storicamente individuato possa atteggiarsi diversamente nella sua struttura, ed anche risultare « formato » da elementi ulteriori rispetto a quelli sui quali esiste unanime o quasi unanime consenso, ma si contesta che non sia possibile costruire una nozione di Stato generalmente valida, sulla base di quel minimo di dati senza dei quali non sarebbe lecito parlare di Stato. Per quanto in particolare interessa in questa sede, può aggiungersi che un mutamento del concreto atteggiarsi dell'uno o dell'altro elemento o del loro rapporto, come pure la constatazione che a costituire una certa forma di Stato concorra, a partire da un certo momento, secondo il suo ordinamento positivo, qualche elemento, per dir così, aggiuntivo, avrà certamente rilevanza in sede di interpretazione e ricostruzione dommatica e potrà portare, ad es., a riconoscere intervenuto un mutamento costituzionale, ma sarebbe irrilevante ai fini dell'appartenenza dell'ente considerato al tipo dello Stato e perciò di affermare o negare che esista o sia venuto meno uno Stato.

([47]) Deve perciò considerarsi tendenzialmente esatta, anche sul piano teoretico, la concezione prevalente nella prassi e nella dottrina del diritto internazionale (cui viene, di solito, attribuito più modestamente valore dommatico, considerandola una regola positiva di quell'ordinamento), esprimentesi nella nota formula « *mutata forma regiminis non mutatur et ipsa civitas - eodem respublica est, quamvis nunc hoc, nunc alio modo regatur* » (che si fa risalire al Bynkershoek). Come dice ottimamente il MORELLI, *Nozioni*, cit., p. 138, affinché si abbia uno Stato soggetto del diritto internazionale, « è necessaria un'organizzazione e quindi un ordinamento giuridico, ma il fatto che l'ordinamento giuridico dello Stato sia sostituito da un ordinamento formalmente diverso non tocca l'identità dello Stato » (poiché quel che importa, dunque, è che vi siano un'organizzazione e un ordinamento, non *quella* particolare organizzazione con *quel* particolare ordinamento). Non lontano, nella sostanza, il pensiero del QUADRI, pur essendo questo A. tra coloro che affermano la estinzione dello Stato (inteso in senso stretto, come Stato-governo) quando l'organizzazione autoritaria sia radicalmente mutata: « Il fenomeno dello Stato ricorre quando un raggruppamento umano, stanziato su di un determinato territorio, è sottoposto ad un potere capace di disciplinare la vita sociale » (*Stato*, loc. cit.). Ma anche le dottrine che, identificando lo Stato con l'organizzazione autoritaria, ritengono estinta tale organizzazione a seguito di mutamenti rivoluzionari, concludono poi egualmente, dal punto di vista internazionalistico, nel senso della continuità, sebbene

Delle usuali ipotesi scolastiche di scomparsa per cause naturali del territorio e del popolo, solo quest'ultima, quindi, concreterebbe con certezza la fine dello Stato: giacché, anche a ritenere che questo sia, almeno nella sua configurazione moderna, ente necessariamente territoriale, essenziale sarebbe l'esistenza di un territorio, e non la

fondandosi sulla figura della « successione », anziché sul concetto di identità (v., per tutti, lo stesso QUADRI, da ultimo, in *Diritto internazionale pubblico*[7], Palermo s.d., ma 1963, p. 41 ss.). A parte, però, la opinabilissima premessa (implicita necessariamente nella tesi, anche se, di solito, respinta a parole) che l'ordinamento internazionale rinvii al diritto interno ai fini della identità od estinzione dello Stato-governo; ed a prescindere da quanto sopra rilevato alla nota 9, è da osservare, accogliendo un'esatta notazione dell'ESPOSITO (*Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, in *Ann. Univ. Camerino*, 1932, p. 49, nota 1), che la « successione » potrebbe, semmai, valere a spiegare la permanenza degli obblighi o diritti internazionali, ma non altrettanto la permanenza « di atti interni » dello Stato (e delle norme del diritto statale, aggiungiamo). Ritenendo, come sembra preferibile, che lo Stato continui identico a se stesso attraverso tutte le possibili vicende modificative del suo ordinamento, legali ed illegali che siano, non ci si basa sulla « comunità indifferenziata », priva di quelle articolazioni « che la rendano idonea ad agire » (come scrive il MORTATI, *Costituzione*, cit., p. 213, nota 207), perché, al contrario, si guarda proprio al fenomeno statale come unità politica indipendente, e quindi, per definizione, organizzata, soltanto prescindendosi dalle diverse guise e forme che storicamente l'organizzazione del gruppo è suscettibile di assumere. Il riferimento fatto all'inizio di questa nota alla prassi e alla dottrina internazionalistiche dovrebbe far cadere ogni equivoco in proposito, non essendo dubbio che solo nel ricorso di determinati presupposti — *tra i quali l'organizzazione* — l'ordinamento internazionale *registra*, per dir così, l'esistenza del fatto Stato (così come, inversamente, ne registra l'estinzione, allorché vengano meno). La conoscenza giuridica, e perciò qualsiasi costruzione giuridica dello Stato presuppone necessariamente che questo ci sia, esista, come fenomeno, appunto, sussumibile entro il « tipo » astratto di fenomeni cui si conviene dare il nome di Stati: e dal momento iniziale dell'esserci uno Stato, fino al momento terminale del suo disgregarsi (del suo non esserci più), bene se ne può cogliere e seguire l'evoluzione, graduale o per salti, procedente secondo l'ordine legale originario ovvero per via di fratture e « fatti compiuti » illegali. È questo il motivo, ad es., per cui può aversi propriamente una storia del « *diritto romano* », come storia delle vicende di un ordinamento statale, proseguito ininterrotto, attraverso le più profonde trasformazioni interne, dal secolo IV a.C. a Giustiniano (e forse ancora oltre: FIORELLI, *Storia giuridica e storia linguistica*, in *Ann. st. dir.*, 1957, p. 281, nota 59); mentre quella che si suol chiamare « storia del diritto italiano » non è che « l'ultima parte della sua preistoria » (secondo la felice espressione del PATETTA, *Storia del diritto italiano: introduzione*[3], Torino 1947, p. 2) e cioè, in sostanza, storia dei diritti vigenti in Italia, ed in que-

costante medesimezza di questo([48]). Mentre il popolo, prima ancora che presupposto od elemento imprescindibile dello Stato, ne costi-

sto senso, se si vuole, storia giuridica d'Italia; ed è per lo stesso motivo che altro è parlare del « diritto romano » come dell'esperienza giuridica romana, storicamente e concettualmente delimitata, altro del « diritto romano comune » od altrimenti qualificato, come complesso normativo (e non più « ordinamento ») in qualche modo (ancora e parzialmente) vigente nel corso di altre e diverse esperienze successive (in questo senso, ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*[2], Torino s.d., ma 1961, p. 519 ss., che pur mostra altrove di dubitare della continuità dell'ordinamento giuridico romano). Né alla concezione qui accolta potrebbe rivolgersi la censura di naturalistica o sociologica, sol perché rinuncia consapevolmente a stabilire la regolare deducibilità dei successivi mutamenti dalla costituzione o dalla sua norma fondamentale, muovendo invece induttivamente dai dati dell'esperienza giuridica per scoprirne i reciproci collegamenti e quindi il comune centro di gravitazione unitario: anche per le dottrine normativistiche formali si impone *una scelta*, che, per non essere astrattamente arbitraria, deve pure avere riferimento all'esperienza, si operi tale scelta all'atto di individuare la prima costituzione originaria e la sua *Grundnorm*, ovvero in un momento ulteriore, quando, interrottasi la concatenazione produttiva, si debba riconoscere una nuova *Grundnorm*. Si dirà che un tale riferimento storico-empirico dà luogo ad una aporia del pensiero giuridico, poiché, mentre, in termini logici, l'accertamento della costituzione (o della norma fondamentale) condizionerebbe la possibilità di raccogliere ad unità una *tranche* dell'esperienza giuridica, differenziandola dal restante « materiale », all'inverso, per individuare la costituzione (o la norma fondamentale) di un ordinamento, bisogna muovere induttivamente da quella stessa esperienza che si tratta di qualificare giuridicamente. Ma l'aporia è inevitabile, se voglia farsi della scienza del diritto positivo.

([45]) Così, criticando la prevalente dottrina (allora) orientata in senso opposto, DONATI D., *Stato e territorio*, Roma, 1924, p. 30 ss.; ma v. anche, nel quadro della concezione normativistica, VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien-Berlin 1926, p. 149 (spec. con riferimento a p. 145). Che poi, in pratica e specialmente nel diritto internazionale, i diversi Stati finiscano per essere individuati e distinti tra loro attraverso riferimento al territorio, può spiegarsi semplicemente con la circostanza che, nella fase attuale e alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, il territorio è, normalmente, il segno esteriore più visibile della esistenza e della identità-continuità di ciascuno Stato; ma, come non prova affatto che lo Stato si identifichi (secondo tesi ormai superatissime) con il territorio, neppure costituisce argomento per considerare il territorio come l'elemento qualificante da solo e in modo decisivo l'individualità dello Stato. Probabilmente, muove inizialmente da analoga presunzione di una costante correlazione tra i diversi gruppi statali e i loro territori, la dottrina del Kelsen, per la quale, dato il criterio monistico del « primato » del diritto internazionale, la sfera personale di validità di ogni ordinamento statale sarebbe da quello determinata solo « indirettamente », mediante la previa delimitazione della sfera territoriale di va-

tuisce, sociologicamente e giuridicamente, la stessa ultima realtà([49]). E poiché l'esistenza di un popolo, come unità politicamente ordinata

lidità (la quale, però, è determinata a sua volta in base al principio di effettività). Del resto, il prevalente riferimento al territorio, che si riscontra nella dottrina internazionalistica, può anche spiegarsi come una posizione dommatica, strettamente connessa ad una particolare struttura dell'ordinamento internazionale: così, per coloro che identificano gli Stati soggetti del diritto internazionale con gli Stati-governi, e sia pure, come sembra preferibile, con gli Stati-governi in quanto siano in grado di regolare effettivamente la vita associata nell'ambito di un certo territorio, è logico che sia quest'ultimo elemento, appunto, a venire in primo piano.

([49]) Dovrebb'essere ormai superfluo avvertire, o meglio ribadire, che quanto rilevato nel testo ha riferimento allo Stato in senso largo (Stato-ordinamento o Stato-comunità), nel quale è da considerarsi sempre inclusa la « persona statale » (nel senso del Donati), e cioè, modernamente, l'organizzazione governante che ha preso il posto del principe persona fisica o serie di persone fisiche collegate in ideale unità attraverso la *dignitas* dello Stato *ancien régime*. Che lo Stato non sia pensabile senza un popolo, è logica conseguenza dell'essere lo Stato una specie, caratterizzata per certi particolari contrassegni, del genere società, ossia ordinamento (nella duplice accezione di cui sopra al n. prec., nota 36), poiché la plurisoggettività « è un tratto necessario » di ogni ordinamento, ed è anzi, almeno dal punto di vista della genesi logica (cui può talora corrispondere, e forse sempre corrisponde, nelle più remote origini, la genesi storica) il *prius* (GIANNINI M.S., *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 327). Nella stessa concezione kelseniana, il popolo è pur sempre presente, come elemento di cui non si può fare a meno, sebbene inteso quale « sfera personale di validità » dell'ordinamento statale (ed a prescindere, dunque, dal punto di vista del diritto internazionale, accennato alla nota prec.): che poi, come KELSEN ritiene (*Teoria gen.*, cit., p. 246; *Die Entstehung des Staates*, in *Publ. Cour perm. Just. int.*, serie C, n 68, pp. 95-96), la cittadinanza *stricto sensu* non sia necessaria, significa semplicemente che cittadinanza e sudditanza possono coincidere e identificarsi persino, in astratta ipotesi, con la soggettività giuridica; non esclude, quindi, che, ad aversi Stato, occorra un popolo, comunque delimitato e disciplinato dal diritto interno. Ma anche per chi assuma, invece, la definizione nominale di Stato in senso stretto (Stato = Stato-persona), la esistenza del popolo non può non essere indispensabile: non lo nega neppure l'ARANGIO-RUIZ G. (*Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, I, Milano 1951, spec. p. 378 ss.; *Sulla dinamica della base sociale in diritto internazionale*, in *Ann. Univ. Camerino*, 1954, spec. p. 76), la cui polemica, vivacemente e tenacemente condotta, ha di mira la figura dello Stato quale soggetto del diritto internazionale, e poiché, secondo l'A., questo, solo approssimativamente ed occasionalmente, anche se di solito, corrisponderebbe allo Stato « del diritto interno », concerne in realtà il concetto di soggetto internazionale, e non il concetto di Stato.

(non mero fatto associativo puntuale ed a fini particolari, e neppure « società civile » nella accezione hegeliana della parola, ma comunità a fini virtualmente indeterminati e perciò — al limite — totale), postula l'esistenza di un potere o governo, che autoritativamente ed effettivamente ne realizzi, appunto, in ogni momento l'unità, segnerebbe altresì la fine dello Stato il venir meno di un qualsiasi governo capace di costituirne, per così dire, la forza centripeta ([50]).Non il manifestarsi di interessi comuni, più o meno intensi e sentiti, e non la presenza di fattori unificanti di natura etnica o razziale o cultu-

([50]) Non basterebbe, dunque, ad estinguere lo Stato, il solo venir meno dell'organizzazione autoritaria, alla quale un'altra subentrasse senza soluzione di continuità, od anche dopo una fase provvisoria di poliarchia o di temporanea sospensione dell'esercizio della sovranità per altre cause (sopra, nota 31), mantenendo ferma o ricostituendo attorno a sé l'unità politica del gruppo: che fosse, cioè, pur sempre l'organizzazione governante comune ed esclusiva del gruppo medesimo, poiché questo, e non altro, significa che il popolo rimanga sottoposto allo stesso potere, e cioè rimanga « popolo », indipendentemente dai mutamenti quantitativi che possono intervenire nella sua composizione per ragioni di ordine naturale o di ordine politico-giuridico. Ogni cambiamento nella struttura dell'organizzazione autoritaria, in conseguenza del quale essa possa qualificarsi diversa da quella in precedenza operante e perciò (in questo senso, e cioè relativamente) « nuova », non incide sulla identità-continuità dello Stato-ordinamento, mentre non sarebbe neppure immaginabile un cambiamento radicale del popolo che non involga un corrispondente cambiamento del potere (sopra, nota 43 e *infra*, nota 67). Pur non trascurando la diversità delle premesse e il diverso significato che in conseguenza assumono le medesime parole, un concetto sostanzialmente analogo esprime il VERDROSS, *Die Verfassung*, cit., p. 145, quando afferma che, alla stregua del diritto internazionale consuetudinario, non si estingue lo Stato « wenn sich *aus demselben Personenverbande* eine neue (revolutionäre), also wieder eine verfassungsautonome Ordnung herausbildet, der es gelingt, sich durchzusetzen » (corsivo nostro). E d'altronde, l'organizzazione del potere non è che una parte, differenziata, dell'organizzazione complessiva, e quindi dell'ordinamento (intersoggettivo e normativo) della comunità [e ad ogni modo, non può dubitarsi che si fondi sul (e sia disciplinata dal) diritto interno statale]. Di guisa che, a ritenere altrimenti, si ripresenterebbero, con riguardo all'organizzazione autoritaria, tutti e gli stessi problemi che abbiamo visto sorgere per l'ordinamento complessivo, quando si voglia distinguere mutamento da mutamento, trasformazione da estinzione. In particolare, com'è stato rilevato dall'ESPOSITO (*Organo*, cit., p. 40), facendo in sostanza applicazione del rilievo del ROSS cui si è in precedenza aderito (sopra, n. 1, testo e nota 18), ad ammettere che l'organizzazione autoritaria debba considerarsi estinta quando trasformata in modo rivoluzionario, a identica soluzione sarebbe necessario pervenire anche se il mutamento, totale o parziale, ne fosse stato operato, invece, in forma legale.

rale o territoriale, poiché tutti questi elementi o alcuni tra essi possono sussistere, senza che ci sia unità statale, o trascenderne l'ambito, od essere limitati a gruppi o serie più circoscritte di soggetti entro la sfera di uno Stato, ma proprio e soltanto un tale *ordinarsi subordinandosi* ad un comune potere tendenzialmente illimitato ed esclusivo([51]), è il fatto (e il principio di struttura) fondamentalmente costitutivo di uno Stato([52]): sinché esso permanga, e comunque con-

([51]) Dicendo « ordinarsi subordinandosi », si esclude anzitutto, ovviamente, che basti a costituire un popolo, e quindi uno Stato, una somma di tante singole relazioni di soggezione-dominazione, pur se accidentalmente collegate dalla identità del soggetto superiore: popolo è gruppo integrato, secondo linee verticali ed orizzontali, sistema di relazioni di subordinazione e di coordinazione reciproca, riconducibili ad unità complessiva, anche se mediatamente, come nelle forme pluralistiche, ad es., degli *Stati a stati* dell'età intermedia ed in certo qual modo anche in talune strutture federali contemporanee. La formula usata nel testo richiama altresì intenzionalmente quella priorità logico-genetica del gruppo ordinantesi rispetto al potere, cui si accennava sopra alla nota 49: ciò che non vuol dire, beninteso, richiedere un consapevole e storicamente determinato atto di volontà alla base dello Stato, e neppure un'iniziativa storicamente riscontrabile di tutti o della maggioranza, alludendo semplicemente ad una generica volontarietà dell'organizzazione politica, quale può manifestarsi anche attraverso l'iniziativa di pochi o pochissimi o di uno solo, nonché nel fatto stesso dell'accettazione di un ordine imposto dall'altrui forza o reso necessario da circostanze naturali ed ambientali (tra cui, importantissima, la coesistenza nel medesimo spazio territoriale) e quindi del conformarsi stabilmente a tale ordine, che divenga così intrinseco al gruppo. Altrimenti detto, l'idea di popolo evoca l'idea di « fonte o materia » dell'organizzazione politica, secondo la bella espressione del QUADRI (*Cittadinanza*, in *Noviss. Dig. it.*, cit., III, 1959, p. 312, riferita, però, al concetto di cittadinanza del mondo antico). E non è senza rilevanza in proposito che, in epoche storiche diverse e con riguardo a forme di organizzazione politica diversissime, ricorrano costantemente miti e ideologie, che parimenti si richiamano a un fondamento originariamente consentito, se non addirittura consensuale, del potere, anche il più assoluto (la *lex regia*, il *consensus populi*, il « contratto di dominazione » e la « *translatio imperii* », il « contratto di associazione », ecc.) cfr., d'altronde, i rilievi dello SCHMITT, *Verfassungslehre*, loc. cit. alla nota 8.

([52]) Quanto osservato fin qui non toglie, naturalmente, che, in costanza di ordinamento, la dimensione del popolo, e cioè quali soggetti concorrano a farne parte, debba determinarsi alla stregua dei criteri accolti dal diritto positivo. Vale, in proposito, quel che vale per l'ordinamento nel suo aspetto normativo, con riferimento alle norme che lo costituiscono e alle fonti legittimate a produrle: ogni ordinamento determina sé medesimo, quanto alle norme e quanto ai soggetti, con il solo limite, nell'uno come nell'altro caso, del criterio di effettività. In questo senso, è esatto il comune insegnamento

cretamente abbia ad atteggiarsi nel corso del tempo, permane lo Stato, *quello* Stato; solo quando venga realmente a mancare, lo Stato potrà e dovrà dirsi estinto.

che il concetto giuridico del popolo (di uno Stato determinato; e quindi, in sede di ulteriore astrazione, del popolo dello Stato, in generale) non si confonde con la nozione sociologica di popolo, come popolazione fissa, ed è ricavabile da quel che dispongono, espressamente od implicitamente, i diversi ordinamenti statali. Anche nell'ambito del diritto internazionale, del resto, è questa la regola generale, pur se corretta ed integrata, occorrendo, dal ricorso al principio di effettività (QUADRI, *op. loc. cit.*, *passim.*; BISCOTTINI, *Cittadinanza*, in *Enc. dir.*, VII, cit., p. 141 ss.). È da rilevare, tuttavia, che — al limite — il fatto fondamentale dell'esserci un popolo, ossia una collettività ordinata a Stato, si impone allo stesso diritto positivo (come diritto « costituito », derivante dalle fonti formali), nel senso: *a*) che i criteri assunti come titolo o titoli dell'appartenenza allo Stato rispecchieranno, tendenzialmente, i fattori storicamente originari (o ritenuti tali) dell'aggregazione politica; *b*) che il diritto interno cerca altresì, specie negli ordinamenti più progrediti, di adeguarsi in varia misura alla realtà del dato sociale (ricorrendo sempre più largamente al criterio dello *jus soli*, ammettendo come titolo sussidiario la *juris communicatio*, consentendo sempre più di frequente l'acquisto volontario della cittadinanza, assimilando gradualmente la posizione dell'apolide residente a quella del cittadino, ecc.; fenomeni sostanzialmente analoghi si riscontrano, in forme diverse, anche in epoche storiche lontane: basta pensare alla « ascissione » dei « meti » o alla trasformazione delle tribù gentilizie in tribù locali nel diritto attico, o alla evoluzione della cittadinanza romana dalla primitiva base gentilizia sino alla *Constitutio Antoniniana*); *c*) che il diritto interno non potrebbe, senza negare se stesso, giungere a disconoscere ogni rilevanza giuridica al fatto dell'esistenza del popolo, nella struttura che questo presenta, sociologicamente e giuridicamente, ad un momento dato (*infra*, nota 67), come nemmeno potrebbe, all'opposto, creare fittiziamente un popolo inesistente, qualificando ad es., propri cittadini tutti gli uomini del mondo (l'ipotesi, che non corrisponde per intero a quella kelseniana di cui sopra alla nota 49, è stata specialmente prospettata dal NAWIASKY, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff*, Tübingen, 1920, p. 128). Quanto poi al problema largamente discusso nella dottrina, se per popolo sia da intendere il complesso dei sudditi permanenti ovvero dei soli cittadini, l'unica soluzione soddisfacente che possa darsene in termini generali, comprensivi delle più diverse forme di organizzazione statale storicamente note, è una soluzione intermedia, che oscilla tra i due poli estremi della mera soggezione al potere (e al diritto) dello Stato, e la cittadinanza, nel senso moderno (cui, in qualche modo, sostanzialmente corrisponde la cittadinanza del mondo antico greco-romano). Non costituiscono il popolo coloro soltanto che siano definiti « cittadini » dai testi costituzionali e legislativi, perché un'espressa qualificazione può mancare, come anche può mancare una qualsiasi differenziazione tra i cittadini veri e propri e i restanti sudditi (così, ad es., laddove

La mente corre subito ai casi, generalmente noti ed unanimemente addotti, di incorporazione (annessione totale), volontaria o forzata; di fusione; di smembramento o frazionamento. Nei quali, infatti, anche se larghe parti del diritto anteriore permangano tuttavia, come di solito accade, per un tempo più o meno lungo, al livello della società civile (nonché dell'organizzazione amministrativa e giudiziaria di base)([53]), non vi ha dubbio che venga meno quella

il titolo fondamentale dell'appartenenza allo Stato consista nell'appartenenza ad un territorio, oggetto primario del potere); nemmeno costituiscono il popolo coloro soltanto nei confronti dei quali ricorrano istituti, diritti ed obblighi che siamo ormai avvezzi a considerare caratteristici della cittadinanza *stricto sensu*, come partecipazione diretta o indiretta all'esercizio del potere (ma che sono, semmai, sintomo e conseguenza, non causa dell'appartenenza allo Stato: ESPOSITO, *Lo Stato e la nazione*, cit., p. 429, nota 9), poiché tali istituti, diritti ed obblighi possono mancare, senza che manchi un popolo, od essere circoscritti ad una esigua minoranza dei sudditi, senza che il popolo si esaurisca nella cerchia di costoro. D'altro lato, però, neppure la nozione del popolo potrebbe identificarsi puramente e semplicemente con la stabile « dipendenza » o la « permanente sottoposizione » al potere e all'ordinamento statale, anche ad aver cura di precisare, come sembra comunque necessario, che una tale permanente sottoposizione dev'essere giuridicamente necessaria (e non di fatto o volontaria, quale si avrebbe nel caso dell'apolide residente, ad es.), nonché generale (AGO, *Règles générales des conflits de lois*, in *Rec. des cours*, 1958, IV, p. 378) in quanto esclusiva (e non occasionale o limitata a singoli rapporti): se, infatti, non vi ha dubbio che proprio questi da ultimo accennati rappresentino il minimo comun denominatore dell'appartenenza al popolo di uno Stato, è da soggiungere tuttavia (a prescindere dal valore decisivo ad essi attribuibile in diritto internazionale) che essi stessi possono, talora, non essere sufficienti, od almeno lasciare adito a gravi perplessità, quando la sottoposizione al potere risulti dal diritto interno fondata, per una parte dei sudditi, sopra un titolo diverso da quello giustificante la sottoposizione di altra parte (i sudditi coloniali, ad es., laddove erano costituiti in gruppo a sé stante, distinto e separato dal gruppo dei cittadini metropolitani; gli ebrei in Germania dopo le leggi razziali del 1935, soggetti bensì alla « protezione » del Reich, ma privati persino dello *jus connubii* con i cittadini, e addirittura impediti di avere con questi relazioni carnali!). Formano il popolo, in conclusione, coloro dei quali può dirsi, alla stregua della posizione complessiva ad essi fatta dal diritto interno, secondo le mutevoli circostanze di tempo e di luogo, che sono sottoposti al potere, *perché* integrati nel gruppo di cui questo è, o si considera, espressione, costituendo, in questo senso, i soggetti primari e necessari dell'ordinamento.

([53]) Giacché, come abbiamo visto, l'esperienza giuridica non si arresta ad un tratto per ricominciare da capo: di guisa che la stessa estinzione dello Stato non comporta altresì, necessariamente, il venir meno di ogni struttura organizzativa né l'automatica e puntuale « estinzione » di tutte le nor-

interna correlazione tra il gruppo sociale ed un potere ad esso proprio, che ne costituiva l'unità politica, facendone un popolo determinato. Il gruppo cessa, in altri termini, di formare un ordinamento differenziato e per sé stante o, quanto meno un ordinamento sovrano. E così, nei casi di incorporazione e fusione: una nuova rete di rapporti giuridici si determina tra i nuovi e i vecchi sudditi, come tra soggetti insieme accomunati dall'appartenenza al medesimo ordinamento generale e dalla stabile sottoposizione ad una sola organizzazione autoritaria([54]); quello che era per l'innanzi il territorio esclu-

me giuridiche anteriormente vigenti. Cfr. sul punto, GUELI, *loc. cit.* alla nota 40, nonché le giuste considerazioni di ZICCARDI, *La costituzione*, cit., p. 137 ss.; larga esemplificazione, per i casi di annessione, in UDINA, *Le recenti annessioni territoriali al Regno d'Italia*, in questa *Rivista*, 1930, p. 31 ss.; TOSATO, *Problemi*, cit., spec. p. 25 ss.; e recentemente in CANSACCHI, *La sopravvivenza dell'ordinamento*, loc. cit. (il quale, pur essendo tra i sostenitori della cosidetta « recezione », mette in rilievo come le formule di solito adoperate nei testi che, stando alla tesi, la disporrebbero, *presuppongono la vigenza* delle norme anteriori, e riconosce che nel territorio annesso persiste una società organizzata, « un'organizzazione locale avulsa ormai dallo Stato cui apparteneva »). Ma si vedano soprattutto le osservazioni del Romano, sopra riferite alla nota 41.

([54]) Per semplicità di esposizione e trattandosi di argomento marginale rispetto al tema specifico di questo scritto, i rilievi accennati nel testo quanto ai casi di incorporazione e fusione prescindono dalla eventualità che lo Stato o gli Stati preesistenti mantengano, pur dopo l'unione, una propria distinta individualità giuridica, almeno nominalmente « statale », inserendosi, cioè, in un ordinamento di tipo federale. Per coloro che configurano gli Stati-membri di Stato federale come veri e propri Stati, potrebbe essere dubbio se, verificandosi l'ipotesi in esame, si abbia egualmente estinzione dello Stato incorporatosi o degli Stati che si sono tra loro fusi (così come, all'inverso, muovendo da tale premessa, il trasformarsi di uno Stato da unitario in federale dovrebbe qualificarsi estinzione per smembramento). Sembra, però, che le constatazioni del testo valgano qualunque concezione dello Stato federale si preferisca accogliere (e, forse, offrano indirettamente qualche argomento contrario alla tesi del carattere « statale » degli Stati-membri): resta vero, infatti, che si forma un nuovo vincolo unitario, formalmente estrinsecantesi nella cittadinanza federale; che il territorio già esclusivo di uno Stato diventa anche parte del territorio federale; che, in determinati settori, l'organizzazione autoritaria centrale si afferma in modo diretto e immediato nei confronti dei sottoposti come la massima organizzazione governante; che le fonti degli ordinamenti locali sono limitate dalla costituzione federale, nella quale trovano il proprio fondamento o dalla quale, almeno, sono riconosciute (non opereranno, se si vuole, in regime di « autonomia », ma neppure propriamente in regime di « sovranità »). Ed inversamente, trasformandosi uno Stato unitario in Stato

sivo di uno Stato, o quelli che erano i territori esclusivi degli Stati che si fondono, divengono parte integrante del territorio complessivo di un altro Stato; infine, l'ordinamento dello Stato incorporantesi, o gli ordinamenti degli Stati tra loro unificatisi, non hanno più fonti proprie e non sono quindi più ordinamenti giuridici, se è vero che ad aversi ordinamento si richiede una « normazione propria »([55]), nel senso di derivante da fonti inserite nello stesso ordinamento e disciplinate dalle sue norme. E criteri analoghi valgono, *mutatis mutandis*, per le ipotesi, inverse, di frazionamento o smembramento, nelle quali è altrettanto certo ed evidente, in astratto, il subentrare, al precedente più largo vincolo statale, di due o più unità giuridiche minori, ma qualitativamente omogenee (territoriali e sovrane anch'esse, e cioè propriamente statali)([56]).

federale, l'articolazione interna che ne risulta si configura come un mutamento costituzionale, che lascia integri gli elementi essenziali del fenomeno statale complessivo.

([55]) Così, ribadendo ed esplicitando, forse più che precisando, il pensiero romaniano, GIANNINI M. S., *Gli elementi*, cit., p. 231 ss.

([56]) Non è facile, però, riassumere in una formula generale i criteri differenziali, da un lato, tra incorporazione e fusione, e d'altro lato tra smembramento e diminuzione della sfera di efficacia di uno Stato, per separazione di sue parti. In pratica, si deve tener conto, e si suole tener conto, di una serie di elementi di fatto, che possono anche consistere in atti giuridici interni ed internazionali, assunti come indici o sintomi, dal concorso dei quali desumere se sia intervenuta semplice diminuzione quantitativa di uno Stato perdurante, ovvero disgregazione del vincolo politico unitario; nonché, rispettivamente, semplice accrescimento quantitativo dello Stato (incorporante), ovvero dissoluzione di tutti gli Stati che si uniscono, con formazione di un nuovo fenomeno ordinamentale sovrano. Ai fini di distinguere smembramento da diminuzione, valore decisivo può riconoscersi all'essersi determinata, per un certo intervallo di tempo, una fase poliarchica, con assenza di qualsiasi potere unitario (sopra, nota 31): cfr., ad es., con riguardo all'Austria-Ungheria, i dati storici accuratamente raccolti ed interpretati da UDINA, *L'estinzione dell'Impero Austro-ungarico*[2], Padova 1933, il quale esattamente osserva, a p. 57 ss., come sia « questione di fatto accertare quando sia venuta meno l'organizzazione (*rectius*, l'organizzazione politica unitaria) del gruppo e la scomposizione dell'elemento popolazione (*rectius*, popolo) e successiva ricomposizione di gruppi diversi ». Il criterio ora accennato non vale, peraltro, o non vale con altrettanta nitidezza, per differenziare incorporazione da fusione, se è vero che, tra le caratteristiche di quest'ultima, vi è la simultaneità della estinzione degli Stati preesistenti con il sorgere del nuovo Stato (BISCOTTINI, *L'annessione*, cit., p. 322 ss.), escludendosi così l'esistenza di una fase poliarchica. Non rimane, dunque, che guardare come a fatti concludenti agli atti e alle dichiarazioni di volontà politica intervenuti durante il procedimento di unione, nonché alle conseguenze da que-

Tra i numerosi esempi di estinzione, correnti nella dottrina con riferimento all'epoca moderna, si possono perciò ricordare ed accogliere, alla stregua dei concetti accennati, e beninteso a semplice titolo indicativo: la dissoluzione dell'Impero romano-tedesco, culminata formalmente nel 1806 con la rinuncia di Francesco II alla corona imperiale [ove si ritenga che questo fosse ancora un vero Stato, e non, secondo la pregnante espressione dello Hegel, uno Stato soltanto « pensato » ([57]), ed in realtà una federazione di Stati]: l'incorporazione degli antichi Stati italiani al Piemonte, durante lo scorso secolo (ove si escluda che sia intervenuta, invece, fusione e pertanto estinzione anche del Regno di Sardegna); lo smembramento dei Paesi Bassi, nel 1830, con il sorgere dell'Olanda e del Belgio come Stati nuovi e diversi; la dissoluzione dell'Impero austro-ungarico, dopo la prima guerra mondiale; l'annessione dell'Etiopia all'Italia, nel 1936, e dell'Estonia, della Lituania e della Lettonia all'U.R.S.S., nel 1940,

sta derivate nel diritto interno (se ne veda l'esemplificazione recentemente fatta dal BISCOTTINI, *op. loc. ult. cit.*, spec. p. 327 ss.). Una riprova di quanto sia fluida ed incerta la linea di confine tra incorporazione e fusione risulta dalle stesse argomentazioni che furono a suo tempo svolte dal ROMANO per sostenere la tesi della continuità tra il Piemonte e il Regno d'Italia (*I caratteri giuridici*, loc. cit.). Fusione è quella che il R. chiama « annessione paritaria » si rassomigliano come due gocce d'acqua: l'annessione paritaria produrrebbe, infatti, « la medesima commistione degli elementi degli Stati che si uniscono, che potrebbe derivare dalla loro fusione » (p. 330), ed infatti, può aggiungersi, non ci fu assimilazione di nuovi cittadini ai cittadini piemontesi, come nelle incorporazioni, ma formazione di un nuovo popolo comprensivo degli uni e degli altri, come appunto nelle fusioni. E si veda ancora, a p. 344, il passo dove il R. mostra di riferire l'identità dello Stato sardo con quello italiano alla « personalità » dello Stato, riconoscendo che « molti dei suoi elementi » avrebbero subìto « una specie, per dir così, di novazione: il territorio, i cittadini, l'organizzazione ».

([57]) *Scritti politici* (1798-1806), a cura di A. Plebe, Bari 1961: che l'Impero esistesse ormai solo formalmente, ritiene, ad es., l'ANSCHÜTZ, in *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, di ANSCHÜTZ e THOMA, I, Tübingen 1930, p. 20 ss. In relazione a quanto si è detto sopra in nota 43 e a quanto si accennerà *infra*, in nota 62, ricordiamo che lo Jellinek osservava come la rinuncia di Francesco II non fosse « un motivo giuridico » per la dissoluzione dell'Impero, « giacché una dichiarazione giuridicamente efficace nel senso di "considerare la suprema funzione e dignità dell'Impero come estinta in seguito alla unione degli Stati confederati del Reno e perciò Noi disciolti da tutte le obbligazioni assunte di fronte all'Impero tedesco" non rientrava affatto nella competenza dell'Imperatore » (*La dottrina generale dello Stato*, a cura di V. E. Orlando, Milano 1921, p. 528).

nonché l'*Anschluss* dell'Austria alla Germania nel 1938; la dissoluzione del « Grande Reich », nel 1945, con successiva formazione di almeno due nuovi Stati tedeschi([58]) e « resurrezione » dell'Austria; la fusione dell'Egitto e della Siria, nel 1958, per costituire insieme la Repubblica araba unita, estintasi a sua volta, appena tre anni dopo, con « resurrezione » della Siria... Ma, forse, sarebbero anche da aggiungere la disgregazione dell'Impero russo, nel 1917, con successiva costituzione di una nuova unità statale, dapprima limitata ad una parte dell'antica, poscia allargatasi attraverso forme e strutture federali([59]), nonché, con qualche maggiore perplessità, il caso recente della Cina, con il ricomporsi degli elementi del fenomeno statale attorno a due distinti centri di potere, entrambi sovrani([60]).

([58]) Alle due Repubbliche (la Federale e la Democratica) si può aggiungere il *Saarland*, e qualcuno aggiunge anche lo Stato-città di Berlino-ovest (in quest'ultimo senso, v., ad es., GIESER, in *Ann. de législ. étrangère*, 1954, pp. 8-9).

([59]) Si prescinde, cioè, dai mutamenti costituzionali intervenuti, i quali, per quanto assai più vasti e profondi che in altre esperienze rivoluzionarie, non sarebbero da soli sufficienti a far concludere nel senso dubitativamente accennato nel testo (sopra, n. 3, testo e nota 24), assumendo invece ad argomento decisivo l'ipotesi (da verificarsi in sede storiografica) che la Rivoluzione d'ottobre abbia determinato un effettivo smembramento « dell'antica compagine russa con la creazione di una varietà di repubbliche, alcune delle quali completamente distaccate dalla Russia » (AMBROSINI, *L'Unione sovietica*, Palerno s.d., ma 1935, pp. 85 ss. e spec. p. 97): la conclusione dovrebb'essere diversa, naturalmente, ove il periodo intercorso dal novembre 1917 al 30 dicembre 1922 fosse da qualificarsi come una fase poliarchica, di temporanea sospensione di un potere e di un ordinamento unitario (sopra, nota 31).

([60]) Il problema è reso più complesso, per la Cina, dalla coesistente durata di due formazioni statali tra loro confliggenti, l'una consolidatasi nella massima parte del territorio dell'antica repubblica, l'altra relegata in un estremo lembo di territorio e raggruppante una minima porzione della precedente comunità statale complessiva: entrambe, certamente, effettive (così che non sarebbe possibile qualificare la Repubblica popolare cinese come un « governo insurrezionale di fatto », la presenza del quale sospenda temporaneamente e parzialmnte l'efficacia dell'ordinamento del vecchio Stato cinese prerivoluzionario). Anche qui, il punto di vista internazionalistico (su cui v. per tutti ARANGIO-RUIZ G., *La questione cinese*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, cit., p. 67 ss.), coincide con il profilo teoretico, nel senso di riconoscere che esistono ormai due Stati cinesi; rimane da vedere se e quale di essi sia la continuazione del precedente Stato o se e quale di essi ne sia il « successore » (nell'ordine internazionale). Né alcun valore decisivo (ma al più, un semplice valore indiziario, da apprezzare in concorso con altri fattori) può avere, per rispondere all'interrogativo, la circostanza che, nella

7. Non vi è posto, dunque, nell'ordine di idee cui si aderisce, per l'ipotesi di estinzione derivante da mutamento *interno*, per profondo e illegale che sia (rivoluzione): non venendo meno, infatti, in tale ipotesi, il vincolo politico unitario e sovrano, pur se di questo risultino trasformati i modi e le forme organizzative. D'altronde, lo stesso concetto di mutamento interno estintivo appare, a ben guardare, equivoco e contraddittorio, per la incompatibilità logica tra l'idea di *mutamento* (implicante che quel che muta, invece, continui, sebbene mutato) e l'idea di *estinzione* (che dovrebb'essere qualcosa, non tanto *di più*, quanto *di diverso* dal mutamento)([61]). Tutt'al più, sarà lecito raggruppare sotto l'etichetta (impropria, dunque, e di comodo) dei mutamenti estintivi i casi (niente affatto immaginari) in cui si abbia, bensì, vera estinzione dello Stato nel senso sopra indicato, ma questa possa farsi risalire, formalmente, ad un atto di volontà dello stesso Stato, vale a dire i casi di *autoestinzione*: soppressione della sovranità o dell'unità politica per volontaria incorporazione o fusione con altro Stato (Austria-Germania 1938, ad esempio; Egitto-Siria-RAU 1958...), od anche per volontario smembra-

Cina retta dal governo di Formosa, diritto anteriore e organizzazione autoritaria precedente abbiano proseguito in formale continuità, laddove, nella Repubblica popolare, sono stati radicalmente trasformati in via rivoluzionaria. A non accogliere la soluzione, verso cui si propende nel testo (dissoluzione del vincolo statale unitario con successiva ricostituzione di due nuovi ordinamenti statali), ci sarebbe da scegliere tra le due ipotesi (ciascuna, sotto qualche aspetto, attendibile...): che lo Stato retto dal governo del Kuomintang sia il medesimo Stato che preesisteva alla guerra civile, benché diminuito di una parte (e sia pure della maggior parte) dell'antico territorio, e perciò Stato nuovo la Repubblica popolare; oppure, all'inverso, che sia quest'ultima la continuazione dello Stato cinese prerivoluzionario, sebbene con un diverso sistema di diritto positivo e una nuova forma di governo, e Stato nuovo, invece, quello di Formosa — costituitosi per separazione coronata da successo.

([61]) L'espressione è altresì, sotto un diverso aspetto, equivoca: poiché gli stessi eventi propriamente estintivi sopra esemplificati nel testo possono anche configurarsi, talora, come *interni*, dal punto di vista dell'ordinamento dello Stato che si estingua per volontaria incorporazione ad altro o per smembramento, o degli ordinamenti degli Stati i quali pure volontariamente si estinguano per fondersi tra loro (v. la nota seg.). È appena il caso di avvertire, poi, che, malgrado l'apparente somiglianza della formula, l'ipotesi di mutamento interno estintivo, nulla ha in comune con quella che il BISCARETTI DI RUFFIA (*Contributo*, cit., p. 253 ss.) chiama di « estinzione per trasformazione » (in contrapposto alla « estinzione assoluta » e intendendo riferirsi, viceversa, ai casi da noi fatti rientrare nella figura della cosidetta « successione », totale o parziale).

mento (Russia 1917, probabilmente). Con l'avvertenza, peraltro, che deliberazioni del genere nulla aggiungono, se non sotto il profilo politico, *al fatto* della estinzione, se questa interviene, mentre, in caso contrario, sono, e, rimangono, *flatus vocis* od al massimo, a considerarli come atti preparatori di una situazione che avrebbe dovuto verificarsi, ma non si è più verificata, potranno avere rilevanza giuridica sotto diversi e più limitati aspetti ([62]).

Considerazioni sostanzialmente analoghe valgono in ordine ad un noto rilievo del Romano, per il quale, fermo restando che « non c'è alcuna modificazione territoriale o di governo... che da per sé implichi necessariamente l'estinzione di uno Stato e il sorgere al suo posto di uno Stato nuovo », dipenderebbe poi in concreto da ciò che disponga il diritto positivo se lo Stato debba considerarsi rinnovato ([63]). Dietro questa formula, a prima vista suggestiva, si nasconde, infatti, quella stessa antinomia, che abbiamo visto sottintesa nel concetto di mutamento estintivo: giacché, in sede concettuale, uno Stato è, o non è, nuovo, a prescindere dalla qualificazione che ne diano, nell'uno o nell'altro senso, disposizioni eventualmente contenute in atti legislativi o nella costituzione formale ([64]).

([62]) Non è mancato, anzi, in dottrina, il tentativo di ricondurre tali fenomeni tra i mutamenti costituzionali « legali » quando l'autoestinzione sia deliberata dai soggetti ed organi competenti e nelle forme consentite dall'antico sistema sicché nel « suicidio » dello Stato potrebbe ravvisarsi — si dice — l'ultimo atto giuridico dell'ordinamento (NAWIASKY, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 135; *contra*, però, esattamente, il KELSEN, *op. loc. cit.* alla nota 43; nella nostra dottrina, recentemente, BISCOTTINI, *L'annessione*, cit., pp. 168 ss. e 327, rilevando l'impossibilità logica di imputare giuridicamente i c.d. atti estintivi allo Stato che viene meno e considerandoli atti preparatori, dai quali possono derivare particolari diritti ed obblighi degli Stati: diritto dello Stato annettente, nel caso di incorporazione volontaria, di compiere certe attività nel territorio dello Stato incorporato; creazione, nel caso di fusione, di organi comuni, autorizzati a loro volta a compiere certe attività nell'ambito degli Stati destinati a fondersi, ecc.).

([63]) *Principii*, cit., p. 196; *Corso*, cit., p. 125. Nel medesimo ordine di idee, v. ora il BALLADORE PALLIERI, *Dottrina*, cit., p. 260: « se il nuovo ordinamento rivoluzionario pretendesse di ricominciare tutto da capo, di costituire l'origine di un ordinamento nuovo in tutte le sue parti... allora saremmo di fronte ad uno Stato nuovo ».

([64]) Anche sotto questo aspetto, la soluzione internazionalistica (irrilevanza della pretesa dello Stato di porsi come nuovo e di quanto in tal senso possa disporre il diritto interno statale) coincide con la soluzione che pare doversi accogliere in sede di teoria generale.

E perciò: se per autorinnovazione s'intende, semplicemente, una qualche trasformazione costituzionale, cui conseguano, nel diritto interno, effetti così ampi e radicali da potersi parlare, in termini politici e figurati, e fors'anche in sede interpretativa, di Stato che si pone *come se fosse nuovo* ([65]), ed allora nulla vi è da modificare alle considerazioni in precedenza svolte per escludere che i mutamenti costituzionali siano mai causa di estinzione dello Stato. Se, invece, per autorinnovazione si intende il sorgere di uno Stato realmente nuovo, che si presuppone però legato ad altro precedente da un particolare rapporto di derivazione storica, l'ipotesi non si differenzierebbe dalle altre, già accennate e che abbiamo chiamato, con consapevole improprietà, di « mutamento estintivo »: esattamente come in queste ultime, sarebbe, cioè, superato quel limite, oltre il quale uno Stato, non tanto è internamente mutato, quanto cessa di esistere. Ed infine, anche se la formula dell'autorinnovazione volesse alludere, invece, ad atti e disposizioni riferibili allo Stato nuovo, dai quali derivi l'estinzione di quello preesistente, sarebbe facile osservare che atti di uno Stato che estinguano *un altro* Stato non sono, giuridicamente, concepibili ([66]): per dare un senso accettabile all'ipotesi, bisognerebbe ritenere già verificatasi, in fatto, l'estinzione e già formatosi, in un ambito sostanzialmente corrispondente a quello cui si estendeva l'efficacia del vecchio ordinamento, un nuovo potere e un nuovo sistema di fonti, in grado di operare sul preesistente assetto giuridico della società statale, di guisa che i pretesi atti estintivi o avrebbero valore semplicemente ricognitivo, o sarebbero atti rivolti

([65]) Così, ad es., certamente (ed a parte quanto si osserverà alla nota 67), quando sia disposta abrogazione globale del diritto legislativo anteriore, salvo espressa e puntuale conferma di determinate norme; ma anche l'abrogazione in apparenza globale, ad eccezione delle norme non incompatibili con la nuova costituzione, pur equivalendo giuridicamente ad una semplice abrogazione di queste ultime soltanto (sopra, note 42 e 44), potrebbe assumersi, in sede politica, come indice di volontà di rinnovamento, perché una tale circostanza verrebbe a fondare quasi una presunzione di incompatibilità dell'intera legislazione preesistente.

([66]) La cosa è talmente evidente da non richiedere che si spendano altre parole in proposito: si veda, comunque, anche con riguardo agli ordinamenti cosidetti « illeciti » o vietati, GIANNINI M. S., *La Repubblica sociale*, cit., p. 345 (non può *un altro* ordinamento distruggere « la plurisoggettività o l'organizzazione invisibile, se non con la materiale soppressione delle persone fisiche che la compongono »).

a disciplinare le conseguenze giuridiche, nel nuovo ordinamento, della intervenuta estinzione ([67]).

8. Giunti a questo punto di estrema rarefazione, il circolo si chiude, riportandoci alle premesse del nostro discorso. L'estinzione dello Stato, ove questo — correttamente — si assuma come fenomeno ordinamentale complessivo, è sempre un fatto, anche se possa talora apparire il prodotto di atti giuridici « estintivi »: un fatto, precisamente, che rappresenta il puntuale rovescio del fatto del sorgere di uno Stato e che pertanto si riscontra solo allorché vengano meno gli elementi o presupposti concettualmente imprescindibili affinché uno Stato esista e meriti questo nome. Sta qui il limite, di ordine logico e fattuale insieme, alle modificazioni costituzionali, le quali, finché esso non sia oltrepassato (e cioè, finché permanga in un modo o nel-

([67]) A parte la improbabilità sul terreno pratico di una vera autorinnovazione così intesa, riesce estremamente difficile anche solo prospettarsene con chiarezza i possibili casi in linea teorica. Non è da escludere, intanto, che, adoperando il Romano la parola Stato per esprimere indifferentemente lo Stato-ordinamento e lo Stato-persona, l'ipotesi della autorinnovazione volesse, nel suo pensiero, riferirsi a quest'ultimo (in tal senso, certamente, era orientato il BELING, *Revolution*, cit., p. 27, anche se con diversa nomenclatura): il caso potrebbe darsi, in concreto, ove venisse disposto il disconoscimento dei rapporti giuridici (anche) interni, per l'innanzi risalenti allo Stato-persona, ciò che ne implicherebbe una sorta di rinnovazione (sopra, nota 9). Ma si tratterebbe pur sempre di mutamento costituzionale intervenuto nell'ambito di un ordinamento statale, tuttavia, perdurante (sopra, n. prec., testo e nota 50). Più dubbio potrebbe sembrare il caso di disconoscimento globale dell'antico diritto, che fosse, da una espressa disposizione, degradato al livello del fatto, e cioè reso estraneo: anche a ritenere possibile un tale « disconoscimento » ad opera di un ordinamento che subentri, in tutto od in parte, a quello dichiarato « irrilevante » (sopra, n. 4, testo e note 21 e 24), sembra tuttavia preferibile concludere che neppure in una simile ipotesi sarebbe estinto il diritto preesistente (e con esso lo Stato), poiché si avrebbe in realtà sostituzione di un nuovo diritto, e dunque di un diverso ordinamento normativo della medesima comunità politica a quello precedentemente in vigore (e cioè, un fenomeno non dissimile, nelle conseguenze, da una abrogazione retroattiva). Soltanto se la comunità non fosse più la stessa, ma qualitativamente diversa, *un'altra*, vale a dire soltanto ove fosse soppresso il « popolo », potrebbe parlarsi di avvenuta estinzione dello Stato e ci si troverebbe perciò in presenza di uno Stato nuovo, che con lo Stato preesistente avrebbe in comune il solo territorio (a differenza da quanto si riscontra nei casi reali di incorporazione, fusione e smembramento, dove il territorio segue le sorti del popolo e del relativo potere): negandosi l'appartenenza all'ordinamento di quelli che, giuridicamente ed in fatto, lo costituivano (sopra, nota 43).

l'altro, il fenomeno statale unitario), sono, appunto, modificazioni e non fatti estintivi, a prescindere dalla qualificazione di conformità o meno al diritto vigente nel momento in cui intervengono che debba loro darsi sul terreno dommatico.

Ma se, dunque, il mutamento del diritto interno non estingue lo Stato, neppure sarebbe lecito affermare all'inverso che si estingue il diritto, estinguendosi lo Stato: al contrario, l'esperienza ci conferma nel convincimento che il diritto sopravvive anche allo Stato, perpetuandosi negli ordinamenti degli Stati che subentrano, in tutto o in parte, nella sfera di efficacia di quello estinto, salvo incompatibilità o espressa contraria disposizione. Più specialmente, la pretesa irrilevanza del diritto anteriore rispetto al nuovo diritto (post-rivoluzionario o dello Stato « successore »), oltre ad essere evenienza eccezionale e circoscritta a limitati settori, non si configura come conseguenza automatica delle trasformazioni costituzionali (o della estinzione di uno Stato, o del subentrare, in una parte di esso, di altro potere sovrano): ma potrà essere, tutt'al più, il risultato, diretto o indiretto (in quanto realizzantesi di volta in volta attraverso il necessario intervento di giudici o di altre autorità), di apposite disposizioni delle fonti competenti, vale a dire di atti di volontà rivolti ad operare un « disconoscimento » della realtà giuridica preesistente.

II.

LE NORME "PROGRAMMATICHE„ DELLA COSTITUZIONE

Il presente scritto, che faceva parte degli *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi* (Milano 1952), è stato incluso in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952.

SOMMARIO: 1. Sguardo riassuntivo ai più recenti risultati dell'elaborazione dottrinale in tema di norme cosiddette « programmatiche » in relazione alla Costituzione della Repubblica: concetti e nomenclatura. — 2. Di alcune questioni particolari controverse sui rapporti tra Costituzione e norme legislative anteriori: abrogazione e incostituzionalità successiva. — 3. Problematica relativa alle situazioni soggettive negative o di vincolo derivanti dalle norme « programmatiche » della Costituzione: in particolare, nei confronti degli organi legislativi. — 4. Più in generale, nei confronti dello Stato-soggetto complessivamente considerato. — 5. Segue: nei confronti della potestà di indirizzo politico; della funzione amministrativa; della funzione giurisdizionale. — 6. Problematica relativa alle situazioni soggettive positive o di vantaggio derivanti dalle norme costituzionali « programmatiche »: interessi legittimi e pretese garantite dalle singole norme « programmatiche » della Costituzione (esemplificazione). — 7. Mezzi apprestati dall'ordinamento a tutela delle situazioni soggettive di vantaggio costituzionalmente protette.

1. Il concetto delle *norme programmatiche* e la loro differenziazione dalle norme che più spesso si usa chiamare, con espressione convenzionale, *immediatamente precettive*, sta diventando in questi ultimi tempi un vero cavallo di battaglia della dottrina e della giurisprudenza, costrette a porsi ogni giorno il problema dei rapporti tra le disposizioni della nuova Costituzione e quelle delle leggi preesistenti, e talora il più specifico e delicato problema della natura e della efficacia di una serie di disposizioni costituzionali che si presentano, *prima facie*, con caratteristiche diverse dalle abituali disposizioni dei comuni testi legislativi.

L'entrata in vigore della nuova Costituzione ha avuto così il risultato, tra l'altro, di generalizzare un concetto e una problematica che erano rimasti confinati, per l'innanzi, in una ristretta zona della dottrina giuspubblicistica tecnicamente più scaltrita, rendendo in certo qual modo di dominio pubblico la figura delle norme programmatiche: ciò che è andato peraltro a scapito della esattezza critica del concetto, che è stato portato spesso ad applicazioni erronee e comunque è stato usato, come si può vedere da certe decisioni giudiziarie, con eccessiva disinvoltura per giustificare la perdurante non osservanza di norme della Costituzione, che programmatiche certa-

mente non sono, e l'applicazione invece di norme delle leggi preesistenti, che dovrebbero viceversa considerarsi abrogate dall'entrata in vigore del nuovo ordinamento repubblicano (1).

Nel complesso, tuttavia, e salvo le applicazioni di specie non sempre corrette, alcuni punti fermi sono stati raggiunti muovendo da ricerche precedenti alla nuova Costituzione, i risultati delle quali hanno così trovato la loro verificazione sperimentale ed anzi appaiono adesso suscettibili di una ben più rigorosa ed esauriente precisazione. E cioè:

1) riconoscimento della efficacia normativa anche delle disposizioni costituzionali esclusivamente programmatiche, le quali enunciano vere norme giuridiche, che sono perciò *precettive* non meno delle altre, sebbene rivolte originariamente e direttamente ai soli organi dello Stato, ed anzitutto con certezza, *almeno* agli organi legislativi;

2) riconoscimento, nell'ordinamento vigente, della natura propriamente obbligatoria del vincolo derivante dalle norme costituzionali programmatiche agli organi legislativi, come conseguenza della efficacia formale prevalente della loro fonte (la Costituzione) rispetto alle altre leggi, ordinarie;

3) riconoscimento perciò della invalidità di leggi successive che fossero in contrasto con le norme costituzionali programmatiche e, secondo la corrente dottrinale che sembra preferibile, anche delle disposizioni di leggi preesistenti, se ed in quanto con esse contrastanti:

4) riconoscimento infine della presenza nel testo della Costituzione di un terzo tipo di disposizioni normative, contenenti norme niente affatto programmatiche, perché rivolte a disciplinare direttamente esse stesse certe materie, e tuttavia insuscettibili di immediata applicazione per ragioni tecniche, ossia perché bisognose di integrazione ad opera di apposite norme legislative strumentali, cui esse sono pertanto *praticamente* condizionate, così come sono talora condizionate anche al compimento di determinate ulteriori operazioni

(1) Per un caso caratteristico nel senso indicato nel testo, ricordo la decisione della Cassazione (Sez. Un. penali) del 15 aprile 1950: v. nella *Sinossi giuridica*, art. 21 (77-a), fasc. 644 ed ivi la mia nota *Ancora dei rapporti tra l'art. 21 della Costituzione e l'art. 113 della legge di p. s.* [in *La Costituzione*, ecc., II, p. 87 ss.].

amministrative (2). È chiaro, peraltro, come, dal punto di vista della loro idoneità a disciplinare positivamente, in modo nuovo, le materie che ne sono oggetto — e dunque, di dar vita realmente agli organi o agli istituti o ai soggetti o ai rapporti che esse pur tendono a costituire direttamente — le norme in parola si collochino in certo senso accanto a quelle programmatiche (3). Non solo; ma a ben guardare si traducono esse stesse in altrettante norme programmatiche, in quanto rivolte *anche* a prescrivere agli organi statali certi comportamenti necessari e doverosi per dar loro compiuta ed effettiva attuazione (4).

Di riflesso, poi, questi risultati hanno servito altresì a gettar luce sul concetto dei *principi generali del diritto*: logicamente distinto e indipendente, è vero, da quello delle norme programmatiche, ma in pratica strettamente connesso e quasi confondibile, poiché le norme costituzionali programmatiche sono quasi tutte — di fatto — principî generali; e viceversa i principî generali, anche quando rivolti alla diretta e immediata disciplina di certe materie (ossia norme « immediatamente precettive ») hanno pure al tempo stesso valore programmatico nei confronti della futura disciplina legislativa dell'ordine di rapporti cui si riferiscono, l'adozione di un principio generale significando sempre l'adozione di una determinata linea di sviluppo

(2) Al riguardo, v. ottimamente MIELE, *Le Regioni come assenti o come nascituri?* in *Foro it.*, 1950, I, p. 906 ss.; a questo terzo tipo di norme costituzionali ho accennato io stesso altre volte: cfr. *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in *Scritti in memoria di Luigi Cosattini* (volume XVIII, 1948, degli *Annali triestini*), p. 39 ss.; *Costituzione e protezione sociale*, in *Riv. degli infortuni e delle malattie profess.*, 1950, fasc. 1, p. 14 dell'estratto; *Capacità giuridica attuale o virtuale degli enti regionali*, in *Foro amm.*, 1950, XXVI, fasc. 11-12.

(3) Significativo è il caso verificatosi nella pratica giudiziaria per gli enti regionali, istituiti bensì dalla Costituzione con norme « immediatamente precettive », in quanto direttamente rivolte a regolare la materia, e tuttavia non ancora concretamente esistenti, per non essere sopravvenute le norme ulteriori e le operazioni amministrative indispensabili a dar loro assetto organizzativo compiuto ed effettivo: cfr. lo scritto di MIELE, *Le Regioni come assenti* ecc. e la nostra nota *Capacità giuridica* ecc., entrambi cit. alla nota precedente.

(4) Così, per esempio, le norme del titolo V della parte seconda del testo costituzionale, pur non rientrando tra quelle programmatiche, valgono anche come « norme di legislazione » e dunque come norme programmatiche, in quanto stabiliscono quello che la legge regionale dovrà regolare, e quello che potrà e non potrà disporre nel regolare compiutamente la materia.

dell'ordinamento giuridico [opinione, questa, che non è peraltro pacifica in dottrina (5)].

Naturalmente, i risultati accennati possono ritenersi dei punti fermi soltanto a grandi linee e nell'essenziale, ciascuno di essi suscitando infatti — come risulta in parte dalle cose dette e in parte meglio risulterà qui appresso — questioni particolari tuttora aperte, in ordine alle quali le opinioni permangono spesso divise. Non di rado inoltre l'imprecisione o la varietà della terminologia adottata dagli interpreti accresce le incertezze, o determina essa stessa delle difficoltà e delle divergenze, che sono allora, per fortuna, soltanto apparenti, perché di natura esclusivamente nominalistica.

Così è per la contrapposizione tra norme « programmatiche » e norme « immediatamente precettive », la quale esprime appunto una idea giusta, ma la esprime impropriamente, tutte le norme essendo precettive, ed anzi « immediatamente precettive », come già all'inizio si è rilevato; ma le une, *nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico statale complessivo*, in quanto direttamente regolatrici delle materie che volta a volta ne formano l'oggetto specifico; le altre invece, *soltanto nei confronti degli organi statali e quanto meno del legislatore*, cui prescrivono certi comportamenti *per la disciplina da dare* alle materie che ne formano l'oggetto mediato o indiretto (ma il concetto riuscirà più compiuto e preciso a conclusione delle presenti considerazioni). Né, per le medesime ragioni, l'improprietà sarebbe eliminata designando le prime come « costitutive » (6), poiché anche le norme programmatiche sono « costitutive » dell'ordinamento giuridico. Lo stesso è a dirsi della distinzione tra norme « a immediata efficacia » e norme « a efficacia differita »; se sotto

(5) In senso contrario v. infatti, recentemente, VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano 1947, *passim* e specialmente p. 273.

(6) L'espressione è del PIERANDREI, *La Costituzione e le sue norme di competenza*, in *Giur. it.*, 1948, II, 257; *Validità e invalidità di leggi anteriori alla Costituzione*, ivi, 1949, 1, 2, 180. In genere, per la varia terminologia di cui si parla nel testo, cfr. tra i molti, oltre allo scritto del MIELE, cit., in nota (2): AMORTH, *Il contenuto giuridico della Costituzione*, Modena 1946; ID., *Efficacia abrogativa delle disposizioni costituzionali*, in *Foro pad.*, 1948, IV, 81; CROSA, *I diritti di libertà e la Costituzione*, in *Giur. it.*, 1948, II, 129; ESPOSITO, *Efficacia delle regole della nuova Costituzione*, in *Giur. it.*, 1948, III, 145; LAVAGNA, *Efficacia della Costituzione con particolare riguardo all'art. 25 comma 2°*, in *Giustizia pen.*, 1948, I, 179; MORTATI, *Questioni sul controllo di costituzionalità sostanziale della legge*, in *Foro amm.*, 1948, I, 320; CRISAFULLI, scritti cit. nella nota (2).

questa seconda etichetta si allude (o si allude anche) alle norme programmatiche, valgono le considerazioni che precedono, le norme programmatiche essendo a efficacia immediata come ogni altra, sebbene in un diverso ambito e per oggetti diversi, sicché la distinzione conserverebbe, al pari delle precedenti, valore puramente convenzionale; mentre, se per norme « a efficacia differita » si intendono (o si intendono anche) quelle la cui pratica applicabilità è condizionata all'entrata in vigore di altre norme e talora al compimento di ulteriori operazioni amministrative (sopra, n. 4), la denominazione resterebbe tuttavia unilaterale, cogliendo bensì la loro inidoneità a tradursi, da sole, in una nuova disciplina positiva concretamente operosa, ma lasciando nell'ombra d'altro canto l'efficacia « immediata » che esse pur posseggono nei confronti degli organi statali, vincolati a dar loro piena attuazione col porre in essere le condizioni per l'inizio della loro obbligatorietà *erga omnes*.

I concetti sono tuttavia abbastanza chiari, al di sopra di ogni imprecisione ed incertezza di nomenclatura: in contrapposto alle norme programmatiche (che sono tuttavia anch'esse, a modo loro, precettive), le altre si diranno perciò immediatamente *precettive* o *direttamente precettive* o *costitutive*, per antonomasia, e l'intesa farà presto ad essere stabilita; egualmente sarà lecito raccogliere sotto la denominazione di *norme a efficacia differita* tutte quelle (anche non programmatiche) che, per l'un motivo o per l'altro, non bastano, da sole, a determinare una regolazione attuale, ossia immediatamente operativa, di situazioni e rapporti della vita reale.

2. Più gravi sono le questioni di fondo, non ancora risolte in modo soddisfacente. Così è di quella, accennata al n. 3, circa l'incostituzionalità delle norme legislative *anteriori* alla Costituzione e *contrastanti con sue norme programmatiche*: ipotesi evidentemente diversa, e di ben più difficile soluzione, rispetto all'altra, di contrasto tra norme legislative anteriori e norme non programmatiche della Costituzione. Giacché, in quest'ultima ipotesi, il conflitto tra due discipline del medesimo oggetto, successive nel tempo e tra loro incompatibili, viene prontamente eliminato, secondo l'opinione che sembra preferibile, ricorrendo ai comuni principî sull'abrogazione delle leggi (art. 15 disp. prel. al cod. civ.); le norme anteriori contrastanti o diverse sono abrogate tacitamente con l'entrata in vigore della Costituzione, e la pronuncia della Corte costituzionale, che si rendesse eventualmente necessaria per singoli casi di incerta solu-

zione e che abbiano dato luogo a contestazione nella pratica, avrebbe allora carattere sostanzialmente dichiarativo, anche se la sua efficacia *erga omnes* decorra dal giorno successivo alla pubblicazione a norma dell'art. 136 della Costituzione [7] [8].

[7] Ciò che risponde, del resto, alla esigenza di certezza del diritto. Così che possono darsi due ipotesi: *a*) che l'abrogazione tacita sia senz'altro pacificamente e generalmente riconosciuta nella pratica, rendendosi superfluo qualsiasi ricorso alla Corte; *b*) che invece sorga questione sulla persistenza o meno delle norme anteriori, perché si contestino o l'incompatibilità tra le due discipline successive della medesima materia, ovvero la natura di norma direttamente regolatrice della materia stessa della norma costituzionale; e allora si potrà andare fino alla Corte costituzionale, la cui eventuale pronuncia di incostituzionalità avrà appunto l'effetto di dirimere una volta per tutte ogni incertezza, facendo venir meno inderogabilmente *e con effetti generali* le norme legislative anteriori.

[8] La costruzione qui accolta non è peraltro concordemente ammessa in dottrina, insistendosi da taluni Autori sulla differenza tra l'abrogazione — che presupporrebbe un conflitto nel tempo tra norme giuridiche *del medesimo grado* — e incostituzionalità delle norme anteriori, per contrasto con norme gerarchicamente superiori. Senonché, varie sono poi le conseguenze che dovrebbero trarsi da questa diversa impostazione generale: così, mentre l'AMORTH, *Efficacia abrogativa* cit., finisce con l'escludere addirittura, almeno di regola, che dalla Costituzione possa derivare la norma disciplinatrice di un rapporto, altri, invece, come il LAVAGNA, *Efficacia abrogativa* ecc. cit. (cfr. anche, dello stesso, *Sulla non « retroattività » della Costituzione*, in *Rass. di dir. pubbl.*, 1948, II, fasc. 3) e MORTATI, *Questioni sul controllo di costituzionalità*, pure cit., respingono giustamente tale opinione dell'AMORTH, parlando di un « impedimento alla continuazione degli effetti della legge anteriore », nascente dalla maggiore efficacia formale della Costituzione sopravvenuta. Più recentemente, poi, nello stesso ordine di idee si è autorevolmente espresso il CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova 1950, portando però, la tesi alle sue estreme conseguenze, sulla base della norma dell'art. 136 della Costituzione, col negare che, al di fuori della pronuncia della Corte costituzionale, le norme della Costituzione possano mai avere *di per sé* un'efficacia abrogativa diretta. Fino alla pronuncia della Corte, perciò, le norme legislative incostituzionali, anteriori e successive, seguiterebbero a spiegare la loro efficacia consueta, *come se* non fossero viziate. Ciò che non sembra esatto, neanche al di fuori del caso di abrogazione; poiché, se è vero che le norme incostituzionali cessano di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione della Corte (art. 136), non è men vero che esse frattanto non sono certamente « obbligatorie », né per i cittadini (che possono, infatti, disconoscerle ed impugnarle), né per i giudici, tenuti a sollevare anche d'ufficio la questione di costituzionalità in ogni caso di dubbio; semmai, dovrebbe dirsi, seguendo l'elegante distinzione dell'ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *Riv. di dir. process. civ.*, fasc. 4, che le norme incostituzionali rimangono, sino al-

Le maggiori difficoltà del problema che si presenta nella prima ipotesi, di contrasto con norme costituzionali programmatiche, derivano proprio ed anzitutto dal fatto che, qui, le due norme in conflitto *non hanno il medesimo oggetto*: la norma costituzionale programmatica, infatti, soltanto mediatamente si riferisce a quel determinato ordine di rapporti che era regolato dalla legge anteriore, incidendo direttamente su una fattispecie diversa (comportamenti dello Stato o di certi organi dello Stato, i quali, a loro volta, sono destinati a incidere su quell'ordine di rapporti in senso opposto o diverso da quello risultante dalla precedente disciplina legislativa). È perciò che, come già dall'inizio si è avvertito, qui non sarebbe comunque possibile far ricorso ai principî dell'abrogazione, perché appunto, *in questo caso*, le norme costituzionali, in quanto programmatiche, si muovono ed agiscono su di un piano distinto da quello che è proprio delle norme legislative anteriori. Resta peraltro da risolvere la distinta e diversa questione relativa alla validità di queste ultime: se, cioè, le norme legislative anteriori vengano invalidate dal sopravvento della norma costituzionale programmatica, o in altri termini se possa e debba parlarsi di una loro *incostituzionalità successiva*, pur restandone esclusa, per le ragioni anzidette, l'abrogazione tacita. Questione che non si pone invece affatto per le norme legislative emanate posteriormente alla Costituzione e contrastanti con le norme di questa, programmatiche o non, essendo fuori dubbio che la violazione da parte del legislatore dei limiti sostanziali posti dalla norma costituzionale dia luogo a una forma tipica di incostituzionalità della legge. Ma, nel caso delle norme anteriori, potrebbe obiettarsi che la volontà normativa erasi a suo tempo legittimamente formata, non sussistendo, allora, la Costituzione repubblicana e quindi i limiti sostanziali da questa imposti all'esercizio della potestà legislativa. Potrebbe anche aggiungersi che nemmeno vi è qui un vero conflitto

la pronuncia della Corte, *esecutorie* (per gli organi amministrativi) (v. anche qui appresso nota 25). In sostanza mi sembra abbia ragione il BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze 1951, p. 72, quando osserva che nessuna incompatibilità sussiste tra efficacia abrogativa e incostituzionalità: non già, come mostra di ritenere questo A., perché l'abrogazione sia l'effetto *sempre* derivante dalla incostituzionalità (il che non sarebbe esatto), ma perché nulla vieta che alla invalidità — conseguenza necessaria dell'essere o del diventare una norma legislativa contraria alla Costituzione — si aggiunga *anche* l'abrogazione tacita, quante volte le due norme, successive nel tempo e di grado diverso, si trovino a disciplinare la medesima materia.

di comandi (inammissibile come tale nel sistema del diritto positivo e perciò da eliminarsi automaticamente), per la già rilevata diversità dell'oggetto rispettivo della norma programmatica e delle precedenti norme legislative. E infine, da un punto di vista più largo, motivi ulteriori di dubbio potrebbero dedursi dalla stessa intenzione del Costituente: le norme programmatiche essendo state introdotte nel testo della Costituzione proprio nei casi in cui l'accordo tra le forze politiche fu raggiunto solamente sul piano di un programma minimo di azione, e non di una decisione immediatamente operativa, e quindi nel senso di promuovere certe future trasformazioni anziché di realizzarle subitamente.

Pur riconoscendo la delicatezza del problema e la serietà degli argomenti che potrebbero addursi in contrario, riteniamo peraltro siano nel vero quegli autori i quali ammettono l'invalidazione successiva delle norme di leggi anteriori per il sopravvento della nuova Costituzione, anche nel caso di contrasto con norme programmatiche di essa. Anzitutto, perché la volontà normativa non si esaurisce nel solo momento puntuale della formazione della legge (anteriore, nella ipotesi, alla Costituzione; quindi sottratta, allora, ai vincoli da questa derivanti), ma deve considerarsi come una volontà permanente e, per dir così, sempre in atto. La quale, pertanto, anche se validamente formatasi all'inizio, può bene diventare incostituzionale in un momento successivo, in quanto disponga in un senso vietato da norme programmatiche della Costituzione nuova (9). Che non si abbia

(9) Nel senso di ammettere la *incostituzionalità successiva* di norme legislative, cfr. PIERANDREI, negli scritti, cit., in nota (2), *La Costituzione e le sue norme di competenza* e *Validità e invalidità di leggi anteriori* (con qualche riserva dubitativa per l'ipotesi, che qui si esamina nel testo, di contrasto con norme programmatiche); cfr. anche ESPOSITO, *Leggi vecchie e Costituzione nuova*, in *Giur. it.*, 1948, III, 81 ss. (ma senza esplicito riferimento alle norme costituzionali programmatiche e mantenendo d'altronde l'argomentazione su di un piano diverso da quello su cui si muovono le presenti considerazioni: il punto d'incontro con questo acuto scrittore si restringe perciò, a questo riguardo, al riconoscimento della possibilità che anche norme di leggi anteriori siano dichiarate incostituzionali dalla Corte). Precisamente nel senso del testo è invece la notevole sentenza del Trib. di Padova 20 gennaio 1949 (in *Giur. it.*, 1950, I, 2, 141); in generale, contraria è la più diffusa dottrina (v., per es., VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. di dir. pubbl.*, 1948, I, 278 ss., e altre indicazioni in BARILE, *La Costituzione*, cit., p. 65 ss.). Sul problema, v. anche qui appresso, al par. 3 e al par. 7, testo e note (39) e (40).

nel caso in esame un vero e proprio conflitto di comandi, è esatto, ed appunto perciò si è esclusa in partenza l'abrogazione tacita delle norme anteriori, ad opera delle successive costituzionali programmatiche; la questione è dunque di legittimità costituzionale, e non di incompatibilità tra norme aventi il medesimo oggetto (ossia — secondo l'opinione qui sopra accolta — di abrogazione tacita). Quanto poi all'obiezione di carattere politico, desumibile dalla intenzione del Costituente, deve osservarsi d'altro canto: che il fatto dell'essersi realizzato l'accordo su di un progetto programmatico, e non invece su di una regolazione immediatamente operativa della materia, non può certamente significare che siasi voluto differire *sine die* il conseguimento di quei fini che risultano univocamente assunti a contenuto delle norme costituzionali programmatiche, nel qual caso tali norme sarebbero semplicemente un inganno o una lustra, ciò che non può presumersi senza mancare di rispetto alla Costituzione; che del resto, quando si è voluto prorogare l'efficacia delle vecchie leggi, sebbene contrastanti con norme costituzionali, talora anche non programmatiche, per dare il tempo al legislatore di intervenire gradualmente, si è provveduto nelle disposizioni transitorie e finali a precisare esplicitamente il termine entro il quale devono essere introdotte le nuove disposizioni legislative sulla base dei principî della Costituzione (così i par. VI, IX, XVI, delle Disposizioni transitorie). Né, infine, gli inconvenienti di ordine pratico suscettibili di derivare dalla incostituzionalità riconosciuta di norme legislative anteriori sono sostanzialmente diversi o maggiori di quelli che pur possono ipotizzarsi per l'ipotesi, assolutamente pacifica, di illegittimità costituzionale di norme successive; si pensi, anzi, come ad un caso-limite, a una legge nuova, successiva alla Costituzione, che ripeta tra l'altro disposizioni con questa incompatibili di vecchie leggi, e si scoprirà facilmente come la disapplicazione o l'annullamento di tali disposizioni, in quanto poste da una legge nuova, produca ovviamente le medesime conseguenze pratiche che produrrebbero la disapplicazione e l'annullamento delle corrispondenti disposizioni, in quanto poste invece dalle leggi anteriori ([10]).

([10]) In pratica, del resto, il contrasto fra norme legislative anteriori e norme costituzionali programmatiche darà luogo a declaratoria di incostituzionalità delle prime entro limiti molto più ristretti di quanto non possa a tutta prima sembrare, e certamente comunque più ristretti rispetto ai casi, invece, di norme successive contrastanti con norme costituzionali programmatiche. Un

Non meno gravi sono, tra le questioni rimaste fin qui insolute, altre che si sono sottaciute nella schematica esposizione precedente e che attengono alla analisi delle *situazioni soggettive* prodotte, nell'ordinamento italiano vigente, dalle norme costituzionali programmatiche. In questa direzione si tenterà, nelle pagine che seguono, di delineare alcuni concetti preliminari, e in certo senso ancora provvisori: piuttosto per aprire un dibattito intorno a temi scarsamente indagati in dottrina, che per stabilire senz'altro delle conclusioni esaurienti.

3. Il problema deve essere esaminato sotto il duplice aspetto delle *situazioni soggettive negative* o *di vincolo*, e delle *situazioni soggettive positive* o *di vantaggio*, determinate dalle norme costituzionali programmatiche ([11]).

Sotto il primo aspetto, esso in verità è già stato affrontato, in uno soltanto, però, dei suoi lati caratteristici. Si è riconosciuto, cioè, come sopra abbiamo ricordato, che dalle norme programmatiche, in genere, deriva un vincolo per il legislatore, e si è precisato che, quando le norme programmatiche, come nel caso della Costituzione vigente, siano poste da una fonte superiore rispetto alla legge ordi-

ruolo importante giuoca, infatti, l'adattamento progressivo delle vecchie norme ai principî generali ed allo spirito dell'ordinamento complessivo, nel suo costante sviluppo, quindi ai principî e allo spirito della Costituzione sopravvenuta e delle altre leggi nuove che siano con essa armonicamente coerenti. In modo particolare, poi, giocherà l'efficacia interpretativa propria delle norme costituzionali programmatiche nei confronti delle leggi non abrogate (v. qui appresso, al par. 5, testo e nota 26), nonché, per quanto concerne il margine di discrezionalità spettante alla potestà amministrativa ed eventualmente anche a quella giurisdizionale, l'efficacia direttamente vincolante delle stesse norme costituzionali programmatiche (v. anche a questo riguardo l'intero par. 5). Si avrà perciò incostituzionalità delle norme legislative anteriori (e conseguente disapplicabilità o annullamento) limitatamente all'ipotesi *di contrasto, altrimenti insanabile, tra il risultato pratico cui condurrebbe la vecchia norma e quello che la successiva norma costituzionale programmatica vuole, invece, sia raggiunto,* prescrivendone obbligatoriamente il conseguimento all'attività dello Stato e dei soggetti ausiliari di esso.

([11]) Uso le espressioni « situazioni di vantaggio » e rispettivamente « di svantaggio » per evitare equivoci, dal momento che recenti indagini hanno indotto parte della dottrina ad attribuire un significato diverso da quello tradizionale alle espressioni più comuni, « situazioni attive » e « passive »: cfr. per tutti, GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. di dir. pubbl.*, 1949, fasc. 3-4, al quale si rinvia il lettore anche per la bibliografia relativa ai diversi indirizzi sull'argomento.

naria, tale vincolo diventa propriamente obbligatorio. Una situazione soggettiva che certamente deriva, nel nostro diritto positivo, dalle norme costituzionali programmatiche è, quindi, il dovere giuridico per gli organi legislativi di uniformarvisi nello svolgimento della loro competenza. Per effetto di tali norme, gli organi legislativi possono essere obbligati ad esercitare il loro potere in ordine a certe materie, ed eventualmente anche ad esercitarlo entro un certo termine; oppure, ad esercitare il loro potere in un certo modo, e pertanto a non esercitarlo in modo contrario o diverso: è la figura, ben nota in dottrina, dei doveri da poteri (« può essere obbligatorio — scriveva già il Romano([12]) — esercitare un potere, ed esercitarlo in un dato modo e entro certi limiti ») e, maggiormente precisando, della *discrezionalità*, che la prevalente efficacia formale della Costituzione consente, anzi esige ormai senza alcun dubbio, venga applicata alla funzione legislativa, quanto meno con riferimento all'ipotesi, che qui interessa, di norme costituzionali programmatiche ossia *prescriventi alla funzione legislativa il conseguimento di determinati fini*([13]). Il

([12]) *Principî di diritto costituzionale generale*, Milano 1947, p. 109.

([13]) Per l'esistenza di limiti della funzione legislativa, anche in ordinamenti a costituzione flessibile, v. già ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Arch. del dir. pubbl.*, 1942, soprattutto, p. 305 e ss. (ora ricompreso negli *Scritti minori*, I: *Diritto costituzionale*, Milano 1950), e più largamente, con sviluppi originali, ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova 1934. È chiaro che in ordinamenti a costituzione rigida, come quello italiano attuale, questi limiti esistono certamente e sono appunto quelli determinati dalle norme costituzionali, così che la funzione legislativa deve svolgersi obbligatoriamente a sua volta *secundum legem*, ossia secondo la Costituzione: non soltanto per quanto concerne le forme e procedure, ma anche la sostanza del precetto. Come scrive il CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, cit., p. 26, se « il legislatore non ha tenuto conto della esistenza di una norma costituzionale che gli vietava di dare alla legge un certo contenuto o gli imponeva di dargliene un altro », questo determina un vizio *intrinseco*, « che tocca la sostanza della legge ordinaria ». Che poi la figura della *discrezionalità* sia applicabile alla funzione legislativa, sul piano teorico, è concetto largamente diffuso, se anche non perfettamente pacifico: in senso affermativo, cfr. tra gli altri LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig und Wien 1910, p. 55 ss.; BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, Zürich 1936, p. 194; MORTATI, *La Costituzione materiale*, Milano 1940, p. 152, 184 ss., 199; ID., *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, p. 8 ss. dell'estratto; VIRGA, *op. cit.*, p. 123; con alcune riserve, questo era anche il pensiero di M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939, p. 91 ss., distinguendo peraltro l'ipotesi dalla discrezionalità in senso stretto, che sarebbe

più delle volte, dunque, per effetto delle norme programmatiche l'esercizio della funzione legislativa diventa obbligatorio, in ordine a certi oggetti, con o senza prefissione di un termine; in qualche caso, invece, la norma programmatica è semplicemente *facoltizzante,* risolvendosi allora nella attribuzione agli organi legislativi dei poteri necessari per raggiungere un dato scopo, costituzionalmente assunto come *possibile*, anziché *doveroso*. Così, per l'art. 21, quinto comma, « la legge *può stabilire*, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica »; e per l'art. 43, « ... la legge *può* riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese... » ecc.

Mentre perciò tutte le altre norme costituzionali programmatiche si risolvono in primo luogo, come si rilevava qui sopra, in un vincolo alla potestà legislativa, queste ultime, facoltizzanti, si risolvono anzitutto in una possibilità di comportamento, il vincolo venendo in luce soltanto come elemento accessorio, inerente a singole modalità del comportamento (una volta che gli organi legislativi abbiano deciso di proporsi quel dato fine, devono provvedere nelle forme, con l'osservanza delle condizioni ecc. prefissate dalla norma costituzionale). Al di fuori poi dei rari casi di norme programmatiche facoltizzanti, le ipotesi di vincolo quanto al modo di esercizio obbligatorio della potestà legislativa possono a loro volta suddistinguersi in due gruppi:

a) può darsi che la norma costituzionale programmatica sia semplicemente una norma di scopo, prescrivente agli organi statali un certo fine più o meno specifico da raggiungere, gli organi stessi restando poi liberi di adottare i mezzi che ritengono più idonei in tal senso: così per esempio, l'art. 3, secondo comma; l'art. 4, primo comma; l'art. 5 e l'art. 6 (norme, entrambe, soltanto parzialmente programmatiche); l'art. 9; l'art. 11 (prima e ultima proposizione); l'art. 24, ultimo comma; l'art. 31; l'art. 47;

b) può darsi che la norma costituzionale programmatica, nel prescrivere il fine da raggiungere, indichi altresì, almeno nelle linee

soltanto propria della attività amministrativa; v. anche, dello stesso, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano 1950, p. 94, dove invece sembra escludere la discrezionalità nella funzione legislativa primaria (probabilmente, però, riferendosi alla nozione più restrittiva del potere discrezionale).

generali, i mezzi a ciò adatti, limitando quindi ulteriormente l'ambito della discrezionalità legislativa: così l'art. 34, ultimo comma; l'art. 38 (nella organica successione delle sue diverse parti); l'art. 44, ecc.

In entrambe le ipotesi, non vi ha dubbio che la inosservanza delle norme costituzionali programmatiche da parte degli organi legislativi sarà motivo di invalidità, totale o parziale, dell'atto di esercizio del loro potere, ossia della legge deliberata in modo contrario o diverso da quanto disposto nella Costituzione. Analogamente deve dirsi, del resto, anche nei casi di norme facoltizzanti, quando non siano stati rispettati i limiti e le condizioni stabilite dalle norme stesse.

Una difficoltà si presenta con riguardo ai casi di omissione: *quid juris*, se gli organi legislativi non provvedano a porre le norme che la Costituzione vuole siano poste in una data materia? La difficoltà non è tuttavia insuperabile: se all'esercizio obbligatorio della potestà legislativa sia stato anche prefissato un termine, il mancato esercizio oltre detto termine concreterà automaticamente un comportamento incostituzionale; ma poiché il meccanismo del sindacato di costituzionalità è organizzato in modo da non comprendere anche l'inerzia legislativa (ciò che si può impugnare essendo, infatti, la legge contraria alla norma costituzionale, ossia un comportamento positivo del legislatore), la sanzione dovrà ricercarsi in altri momenti del sistema costituzionale: responsabilità politica del governo dinanzi al Parlamento, e del Parlamento dinanzi al corpo elettorale; impugnazione delle norme di leggi anteriori per incostituzionalità successiva, secondo i rilievi accennati alla fine del par. precedente, e sui quali torneremo più oltre nel par. 7, tutte le volte in cui, in base alla norma programmatica, il legislatore avrebbe dovuto provvedere a dare alla materia una disciplina inconciliabile con quella risultante dalla normazione preesistente. Altrettanto vale, d'altronde, per il caso in cui all'esercizio obbligatorio della potestà legislativa non sia stato prefissato alcun termine, sebbene possa essere allora meno agevole, in pratica, stabilire da qual momento l'inerzia del legislatore si traduca in violazione della norma costituzionale (specie quando la norma programmatica esprima l'intento di un certo gradualismo nella sua realizzazione). Comunque, il fatto che manchi nei casi esaminati la sanzione specifica dell'annullamento (appunto perché manca per definizione l'atto da annullare) non esclude la incostituzionalità in cui sono incorsi gli organi legislativi contravvenendo all'obbligo di provvedere su una certa materia, ad essi derivante dalla norma

costituzionale. Del resto, l'ordinamento italiano appresta altri mezzi diretti a ottenere l'adempimento dell'eventuale obbligo di legiferare, ed attraverso l'esercizio di essi l'ipotesi di una prolungata inerzia legislativa dovrebbe diventare in pratica sempre meno frequente. Sono, questi, gli istituti della petizione (art. 50) e specialmente della iniziativa popolare delle leggi (art. 71) integrata dall'iniziativa spettante altresì ai Consigli regionali (art. 121)([14]).

Un'altra difficoltà si presenta nell'ipotesi di una legge che sia adempimento soltanto parziale e incompleto della norma costituzionale programmatica. Qui, a differenza che nel caso di inerzia legislativa totale, l'atto impugnabile c'è; né può contestarsi, in linea astrattamente teorica, che una legge parziale o comunque raggiungente obiettivi più ristretti e limitati di quelli che sarebbero prefissati invece dal precetto costituzionale sia, per ciò stesso, non conforme alla Costituzione. Dovrà quindi ritenersi invalida e potrà come tale essere annullata dalla Corte costituzionale? La ragione di dubitare sta nel fatto che, comunque, un'attuazione parziale e insufficiente è pur sempre un inizio di attuazione della norma costituzionale: rappresenta sempre, in pratica, un passo innanzi, rispetto alla situazione preesistente, alla quale viceversa si tornerebbe, sia pure provvisoriamente, in seguito all'annullamento della legge([15]). A noi sembra che al problema non possa darsi una risposta in termini assoluti, ma che debba distinguersi cautamente di caso in caso, sulla base del seguente criterio generale: se la legge parziale o incompleta sia

([14]) Sulla iniziativa legislativa regionale, cfr. CRISAFULLI, *Le funzioni costituzionali delle Regioni*, in *Corriere ammin.*, 1949, n. 15-16 (dove appunto si è cercato di mostrare la funzionalità dell'ordinamento regionale ai fini di una maggiore aderenza dello Stato-soggetto alla società statale, quindi di un più largo sviluppo del principio democratico).

([15]) Il caso si è presentato davanti all'Alta Corte per la Regione Siciliana, a proposito della legge regionale 24 febbraio 1951, « sull'organizzazione degli organi e degli uffici amministrativi decentrati del governo regionale », in relazione all'art. 16 dello Statuto costituzionale della Sicilia, prescrivente alla prima Assemblea regionale di regolare « l'ordinamento amministrativo » dell'Isola, « sulla base dei principî stabiliti dal presente Statuto ». L'Alta Corte ha ritenuto che la legge fosse illegittima, anche perché legge-stralcio, « incompleta, frammentaria e provvisoria », ossia adempimento soltanto parziale ed insufficiente del precetto posto dall'art. 16 dello Statuto: cfr. il testo della interessante decisione in *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione*, vol. XXX, 1951, 964 ss. ed *ivi* la nostra nota critica *Autonomia regionale e ordinamento amministrativo in Sicilia* [in questo volume, IV, p. 195 ss.].

tale, per il suo contenuto concreto, da precludere ogni ulteriore normazione sulla materia nella direzione voluta dalla norma costituzionale programmatica, la legge parziale dovrà considerarsi invalida per illegittimità costituzionale e quindi annullabile; se, invece, la legge stessa presenti un contenuto suscettibile di sviluppo nel senso prefissato costituzionalmente, sia cioè veramente *un inizio* di attuazione del precetto programmatico, la sua incompletezza ed insufficienza non sarà motivo di invalidità, poiché il comportamento incostituzionale sta nell'omissione di legiferare su una data materia, e non nel cominciare a dettarne una regolazione, sia pure di portata più limitata.

4. Scarsa invece è stata l'elaborazione dottrinale delle situazioni soggettive negative prodotte dalle norme costituzionali programmatiche con riferimento agli altri organi dello Stato, diversi dagli organi legislativi, e più in generale agli organi dello Stato nell'esercizio di funzioni diverse dalla funzione legislativa. Il più spesso, dalle espressioni usate sembra che gli interpreti intendano escludere qualsiasi efficacia precettiva di tali norme rispetto agli organi esecutivi e tanto più rispetto a quelli giurisdizionali, considerandole come dirette *al solo legislatore*. Sembra peraltro che la questione abbia bisogno di più attenta e specifica considerazione.

Quando si afferma che dalle norme costituzionali programmatiche deriva un vincolo giuridicamente obbligatorio per gli organi legislativi, si dice certamente cosa giusta, come si è cercato di dimostrare riassuntivamente qui sopra, ma cogliendo soltanto in parte la verità, in quanto ci si riferisce implicitamente a una particolare conseguenza necessaria della organizzazione costituzionale dello Stato moderno: dipende, infatti, dal principio di legalità, con la distinzione della funzione legislativa dalle altre manifestazioni della potestà statale e con la preminenza riconosciuta alla legge scritta, se l'attuazione di un qualsiasi programma di azione statale richiede ordinariamente una apposita normazione nella forma della legge. Ma, a ben guardare, con le norme programmatiche è lo Stato stesso, come soggetto unitario, che si autolimita, obbligandosi verso la collettività a perseguire certi scopi e quindi ad assumersi la protezione di certi interessi pubblici: ciò che è messo, forse, meglio in risalto dall'espressione di « norme promissive » (*Versprechungsnormen*) talora usata in dottrina. Se scorriamo il testo della Costituzione ne abbiamo precisa conferma dalle stesse formulazioni impiegate dalle

disposizioni programmatiche: « *È compito della Repubblica* rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che... » (art. 3, secondo comma); « (*La Repubblica*) *promuove* le condizioni che rendano effettivo questo diritto » (al lavoro) (art. 4, primo comma); « (*La Repubblica*) *protegge* la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo... » (art. 31, secondo comma); e via esemplificando ([16]). E poiché nel diritto moderno, e comunque indubbiamente nel nostro diritto positivo, per conseguire quei certi fini in modo stabile, dando effettiva e durevole protezione a certi interessi, è di regola necessario porre anzitutto apposite norme legislative disciplinanti la vita associata e l'azione delle autorità, ecco che l'adozione del programma si traduce in adozione di un programma legislativo, senza peraltro esaurirsi in questo. Solamente in certi casi più particolari le norme costituzionali programmatiche si risolvono esclusivamente in « norme di legislazione », quando la natura del comportamento da esse prescritto è tale da non potersi attuare altro che dal legislatore: « La condizione giuridica dello straniero *è regolata dalla legge* in conformità... » (art. 10, secondo comma); « *La legge* determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari » (art. 24, ultimo comma); « ... *La legge*, nel fissare i diritti e gli obblighi delle scuole non statali ecc., *deve assicurare* ad esse piena libertà... » (art. 33, quarto comma); « *La legge* determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali » (art. 41, ult. comma) (si vedano anche le disposizioni degli artt. 13, ult. comma; 21, ult. comma; 30, penult. comma e ult. comma; 36, secondo comma; 37, secondo comma; 42, ult. comma; 44; 45, primo e secondo comma; nonché le norme programmatiche facoltizzanti dell'art. 21, quinto comma, e dell'art. 43). Ed anche in questi casi, a ben guardare, l'efficacia del precetto posto dalle norme programmatiche va tuttavia oltre la funzione legislativa, riferendosi preliminarmente all'attività di *indirizzo politico* di cui

([16]) Anzi, stando al significato che il Costituente ha inteso deliberatamente attribuire all'espressione *La Repubblica*, le disposizioni programmatiche ricordate nel testo dovrebbero riferirsi addirittura, e più largamente, *all'insieme dei soggetti governanti* (ossia: alla persona statale e alle altre persone giuridiche pubbliche). Con le parole *La Repubblica*, infatti, risulta dai lavori preparatori essersi voluto designare « l'insieme di tutte le attività e funzioni sia dello Stato sia delle Regioni e degli altri enti pubblici »: e lasciamo pur stare la grossolana imprecisione dei termini adoperati, scambiando evidentemente i soggetti con le rispettive attività.

la stessa legge rappresenta, concettualmente, esecuzione e attuazione ([17]).

Dire che le norme programmatiche si rivolgono al legislatore è dunque esatto, ma solo parzialmente esatto: le norme programmatiche si rivolgono in realtà allo Stato-soggetto, prescrivendogli il conseguimento di certi scopi, ecc., quindi ponendo alla sua attività determinati limiti positivi e negativi; ed è in conseguenza della articolazione interna dello Stato medesimo, della ripartizione di competenza tra i suoi singoli organi e gruppi di organi, della presenza, infine, nel nostro ordinamento, del principio di legalità, se l'efficacia delle norme programmatiche suol tradursi, in primo luogo ed in modo specialmente evidente, nella imposizione di certi doveri agli organi legislativi per quanto concerne l'esercizio della funzione legislativa ([18]). Il concetto quindi può meglio esprimersi, evitando gli equivoci inerenti al problema dei « destinatari » delle norme ([19]), dicendo che le norme costituzionali programmatiche, in tanto hanno ad oggetto un comportamento normativo degli organi legislativi, in quanto appunto hanno ad oggetto un comportamento dello Stato-soggetto in ordine a determinati interessi, cui le norme stesse si riferiscono bensì, ma si riferiscono in modo indiretto o mediato, promuovendone la protezione e il perseguimento da parte dello Stato.

Un argomento ulteriore a sostegno della tesi che sembra, dunque, doversi accogliere, si ricava risalendo al carattere materialmente costituzionale che è, il più delle volte, proprio delle norme programmatiche di cui ci stiamo occupando. Non vi ha dubbio — e la genesi storica della nuova Costituzione lo dimostra ampiamente — che l'as-

([17]) Sui varî problemi relativi alla nozione e alla natura giuridica dell'*indirizzo politico*, cfr. per tutti MORTATI, *La Costituzione materiale*, cit., p. 157 ss. e la bibliografia ivi indicata.

([18]) In tal senso devono essere rettificate le affermazioni, di portata più limitata, da me stesso fatte in altre precedenti occasioni, e particolarmente negli scritti cit. alla nota (2).

([19]) Il ROMANO specialmente ha sempre insistito sui pericoli inerenti al concetto dei « destinatari » delle norme giuridiche, muovendo però dalla sua concezione istituzionistica del diritto. Ottimamente il LAVAGNA ha precisato, per accenno, che « destinatari della norma... sono tutti coloro che, in qualche modo, intervengono, come soggetti attivi o passivi, principali o secondari, nell'« azione » da quella regolata, sia pure in concorso con altre norme e sia pure solo in fasi o aspetti particolari » (*Efficacia*, cit., in nota 17). Cfr. anche oltre in queste pagine, par. 6 nel testo e nota (36).

sunzione di certi fini da parte dello Stato attiene alla costituzione materiale della Repubblica italiana, caratterizzando anzi in modo particolare il tipo di « regime » da essa accolto ([20]). E, come alla norma fondamentale di scopo qualificante ogni singolo ordinamento statale è stata giustamente riconosciuta efficacia giuridicamente vincolante e decisiva nei confronti dell'intera azione statale ([21]), così la medesima efficacia dovrebbe riconoscersi alle singole norme costituzionali (anche programmatiche) attraverso le quali essa si specifica in varie direzioni generali. Pensare che queste norme, che esprimono tipicamente la formula politica costituzionalmente sancita su cui è basato l'intero ordinamento giuridico della Repubblica, abbiano efficacia per i soli organi legislativi e quanto all'esercizio della funzione legislativa soltanto, e non anche per gli altri organi e in genere per tutte le manifestazioni della potestà statale, sarebbe, a mio avviso, palesemente assurdo. Se poi, passando a un altro ordine di considerazioni, si ammette che l'indirizzo politico adottato dagli organi competenti, e quindi le singole direttive di cui esso risulta, abbiano efficacia per gli altri organi statali, anche se costituzionali, a maggior ragione bisogna ammettere che tale efficacia spetta a direttive politiche il cui carattere normativo e la cui prevalente forza formale non vengono neppure in discussione, in quanto assunte a contenuto di norme poste nella Costituzione dello Stato.

5. Se le considerazioni accennate sono esatte, dovrà concludersi che le norme costituzionali programmatiche non esauriscono la loro efficacia nei confronti dei soli organi legislativi, ma la estendono all'intero apparato statale, entro certi limiti ed a certe condizioni che conviene ora precisare brevemente.

Anzitutto, esse devono ritenersi vincolanti per quanto riguarda l'attività di *indirizzo politico*: sia questa intesa come una funzione a sé (la cosidetta « funzione di governo »), sia intesa invece come un momento o una parte della funzione esecutiva. Per la priorità che indubbiamente caratterizza l'indirizzo politico rispetto allo svolgimento delle altre funzioni statali, a cominciare dalla funzione le-

([20]) Cfr., da ultimo, in argomento M. S. GIANNINI, *La rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Riv. giur. del lav.*, 1949, I, fasc. 1; v. anche, analogamente, i miei scritti cit. in nota (2).

([21]) Così il MORTATI, *La costituzione materiale*, cit., p. 164 ss., p. 184 ss.

gislativa, deve riconoscersi che tutte le norme costituzionali programmatiche sono anzitutto precettive e vincolanti proprio sull'indirizzo politico, che, in esplicazione di esse, verrà di volta in volta adottato dagli organi competenti, per essere poi realizzato attraverso apposita normazione e attraverso l'ulteriore azione *lato sensu* esecutiva o di amministrazione dell'apparato statale. Come si è rilevato in precedenza, le norme costituzionali programmatiche rappresentano la fissazione, nella Costituzione dello Stato, di determinate direttive politiche, che avrebbero potuto anche, in ipotesi, essere stabilite di volta in volta dagli organi competenti, ma che per la loro importanza, sono state sottratte ad ogni eventuale oscillazione e mutamento di criteri degli organi stessi. Sono, cioè, un indirizzo politico tradotto in termini di norme costituzionali, quindi istituzionalmente stabilito a premessa ed a limite delle direttive che saranno concretamente adottate dalla maggioranza parlamentare e dal governo da questa promanante.

Non forma ostacolo all'opinione qui accolta la larghissima discrezionalità che è essenzialmente propria della funzione di governo o di indirizzo politico, poiché discrezionalità non significa piena libertà e meno ancora arbitrio, e d'altra parte già la dottrina ha ammesso l'esistenza — persino in ordinamenti a costituzione flessibile — di certi limiti generali, negativi e positivi, di tale funzione. Neanche forma ostacolo la mancanza, in molti casi, della possibilità di annullamento dell'atto di indirizzo politico contrastante con la norma costituzionale programmatica: intanto, non è escluso in modo assoluto che, talora, la direttiva si manifesti attraverso un atto governativo formale, lesivo di interessi di determinati soggetti (individui e persone giuridiche, e l'ipotesi potrà specialmente verificarsi per le persone giuridiche pubbliche), e quindi direttamente impugnabile, da solo o unitamente all'atto di applicazione; mentre più spesso l'incostituzionalità della direttiva si tradurrà in illegittimità di atti successivi, che siano intervenuti a svolgerla e specificarla ulteriormente e che, in quanto ledano interessi soggettivi giuridicamente protetti, saranno a loro volta suscettibili di impugnazione. Vero è bensì che gli « atti politici » si sottraevano, per l'innanzi, al controllo di legittimità da parte degli organi della giustizia amministrativa, ma la situazione sembra oggi diversa, in base alla norma dell'art. 113 della Costituzione, che dovrebbe intendersi — a nostro avviso — come abrogativa dell'art. 31 del t. u. 26 giugno 1924, n. 1054, delle leggi

sul Consiglio di Stato([22]). E laddove, comunque, la direttiva politica non comporti alcuna impugnativa, né diretta né indiretta, non perciò l'incostituzionalità di essa resta senza sanzione, dovendosi questa ricercare nell'ingranaggio complessivo del sistema costituzionale e in quei rapporti di fondo tra le forze politiche, che presiedono in ultima istanza alla garanzia del corretto funzionamento del sistema medesimo (e che sarebbe erroneo pretendere di relegare in una sorta di limbo metagiuridico).

Per quanto riguarda poi l'esercizio della funzione propriamente amministrativa ad opera degli organi del potere esecutivo, non vi sono difficoltà ad ammettere l'efficacia giuridicamente vincolante delle norme costituzionali programmatiche (ad eccezione, qui, delle sole « norme di legislazione » in senso stretto: sopra, par. 2) *nell'ambito del margine di discrezionalità* spettante, caso per caso, alle singole autorità; con la conseguenza che l'atto amministrativo discrezionale contrastante sarà viziato nella legittimità([23]). Più complesso è il pro-

([22]) Tale opinione peraltro non è sin qui condivisa dalla dottrina prevalente; il problema meriterebbe, per la sua importanza anche pratica, un esame specifico ed approfondito.

([23]) Rarissime sono, come si dice nel testo, le indagini rivolte di proposito all'analisi dell'efficacia delle norme costituzionali programmatiche nei confronti della funzione amministrativa. Un accenno interessante, dal quale si deduce una soluzione implicita opposta a quella qui accolta, ho trovato in PIERANDREI, *La Costituzione e le sue norme*, cit., p. 262, il quale si propone peraltro la questione inversa, affermando che sulla base delle norme a efficacia differita gli organi amministrativi « non potrebbero agire se non emanando degli atti assolutamente nulli e privi di ogni effetto »; sebbene questo A. abbia preliminarmente distinto le norme a efficacia differita da quelle programmatiche, è da ritenere che tale suo rilievo debba valere anche per queste ultime. Evidentemente, la tesi delineata nel testo circa l'efficacia vincolante delle norme programmatiche sull'attività amministrativa discrezionale conduce a dare al quesito accennato dal PIERANDREI tutt'altra soluzione, anche per le norme non programmatiche ma ad efficacia differita: in quanto, beninteso, queste non abbisognino di altre norme per poter spiegare la propria efficacia *all'interno dell'organizzazione statale*. Conforme alla tesi accennata nel testo sembra l'opinione del MORTATI, espressa anzi su di un piano più largo ossia con riferimento alle direttive politiche anche se non fissate in norme costituzionali (*La Costituzione materiale*, loco cit. alla nota 20; M. S. GIANNINI, dal canto suo, ammette che la « gerarchia degli interessi da tutelare » attraverso l'esercizio del potere discrezionale possa essere stabilita dalla costituzione materiale (*Lezioni*, cit., p. 99). Può anche essere interessante ricordare che nella dottrina e nella giurisprudenza francese anteriore alla nuova Costituzione era opinione prevalente che le « *dichiarazioni dei diritti* » premesse alle precedenti Costituzioni

blema per quanto riguarda l'attività vincolata, poiché in tale ipotesi entra in giuoco la disposizione dell'art. 136 della Costituzione, che implicitamente vieta alle autorità amministrative di disapplicare norme di legge, benché incostituzionali, riservando in sostanza ad un solo organo (la Corte costituzionale) l'accertamento della loro eventuale invalidità. Com'è noto, infatti, per l'art. 136 la norma incostituzionale « cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione della Corte costituzionale », che ne abbia dichiarato la illegittimità. Sino a questo momento, dunque, le norme legislative contrastanti con la Costituzione, se successive, e quelle anteriori, contrastanti con le sue norme programmatiche (quindi, non automaticamente abrogate, come avviene invece nell'ipotesi di conflitto con tutte le altre norme costituzionali sopravvenute, secondo i rilievi accennati in precedenza, nel par. 1) rimangono in vigore, benché incostituzionali, e seguitano perciò, in un certo senso, a vincolare le attività meramente esecutive dell'apparato statale([24]). Non sono però obbligatorie per i cittadini né per gli organi giurisdizionali: poiché i primi possono contestarne la legittimità in qualsiasi giudizio dove si volesse farne loro applicazione, e gli stessi giudici sono tenuti

del periodo rivoluzionario avessero efficacia obbligatoria per l'amministrazione, e non invece nei confronti del Parlamento: cfr. per tutti JÈZE, *Valeur juridique des Déclarations des droits*, in *Révue de droit public*, 1913, p. 688.

([24]) E gli atti amministrativi posti in essere in esecuzione di norme legislative incostituzionali saranno quindi *legittimi, in relazione alla norma che applicano*, ma nel tempo stesso *illegittimi, rispetto alla norma di grado superiore*. Nel sistema adottato nel nostro diritto positivo, infatti, l'impugnabilità degli atti amministrativi risulta allargata, nei confronti della legislazione precedente, anche al vizio di incostituzionalità (che significa dunque una loro illegittimità mediata o indiretta), poiché soltanto passando attraverso l'*anticamera* di un giudizio comune (per usare la felice espressione del CALAMANDREI), gli interessati sono posti in grado di provocare il giudizio della Corte costituzionale e la conseguente pronuncia di annullamento delle norme viziate. D'altra parte, se gli organi amministrativi, uniformandosi a direttive politiche ricevute, disapplicassero essi stessi le norme legislative incostituzionali che ne regolano direttamente l'attività, per applicare invece le norme costituzionali, gli atti così formati sarebbero, viceversa, illegittimi, rispetto alla legge ordinaria, ma nel tempo stesso legittimi rispetto alla norma di grado superiore (costituzionale). Le conseguenze pratiche sarebbero quindi analoghe nei due casi, giacché in entrambi, una volta sollevata la questione di legittimità dell'atto amministrativo, questa non sarebbe decisa che *dopo la pronuncia della Corte costituzionale* sulla pregiudiziale relativa alla validità o invalidità delle norme legislative regolatrici dell'azione amministratva.

a rilevarne la illegittimità anche d'ufficio, sospendendone l'applicazione e investendo della decisione la Corte costituzionale. È una situazione paradossale, che risulta tuttavia in modo certo dal diritto positivo, nella quale si è voluto acutamente ravvisare un caso preciso e praticamente rilevante di non coincidenza tra la *esecutorietà* e la *obbligatorietà* della legge([25]). Ma il paradosso è più apparente che reale, poiché la soluzione accolta dall'art. 136 bene si accorda sostanzialmente, sia con la posizione giuridica spettante alla pubblica amministrazione, alla quale non è consentito disapplicare essa stessa le norme di qualsiasi grado che ne regolano l'attività, sia anche, per quanto concerne il caso di conflitto con norme costituzionali programmatiche, con la natura di queste ultime: le quali, prefissando certi scopi all'azione dello Stato-soggetto, si rivolgono bensì ad organi capaci di iniziativa, ma non anche ad organi meramente esecutivi, che trovano le finalità della propria azione già rigorosamente e compiutamente specificate in particolari norme di legge.

L'efficacia delle norme costituzionali programmatiche in ordine all'esercizio della funzione esecutiva si esplica dunque limitatamente agli atti discrezionali o alla parte discrezionale degli atti. In ogni altro caso, le norme costituzionali programmatiche avranno purtuttavia una efficacia indiretta, in quanto principî generali d'interpretazione delle norme legislative, il significato delle quali dovrà essere stabilito, nel dubbio e finché sia consentito dalla loro formulazione testuale, nel modo più conforme alla norma programmatica([26]).

Considerazioni a parte devono farsi per quanto riguarda l'esercizio della funzione giurisdizionale. Da un lato, infatti, la giurisdizione si presenta, sotto un certo aspetto, come una manifestazione a sé stante della potestà statale, che non rientra propriamente nella molteplice attività esplicata dallo Stato per la scelta e il perseguimento dei suoi scopi, avendo piuttosto un solo scopo stabile e permanente, che consiste, come suol dirsi, nella attuazione dell'ordinamento giuridico. Donde, nel sistema vigente, la posizione di rigorosa

([25]) ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*, cit. sopra alla nota (8). Bisogna peraltro affrettarsi a precisare che si tratta di una esecutorietà *provvisoria* e *condizionata* alla pronuncia della Corte costituzionale (cfr. anche quanto si è detto qui sopra, alla nota precedente).

([26]) Cfr. in merito CRISAFULLI, *I principî costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova 1940, §§ 4-6; in senso conforme v. ora, tra i molti, BARILE, *La Costituzione*, cit., 55 ss., con ottima argomentazione.

indipendenza e *separazione* dell'organo giurisdizionale rispetto ad ogni altro organo statale. Perciò, in quanto le norme costituzionali programmatiche hanno ad oggetto determinati comportamenti dello Stato, necessarî e idonei al raggiungimento di certe finalità, non rientrando di regola la giurisdizione nel novero di tali comportamenti, sembrerebbe parimenti da escludersi, in conseguenza, una diretta efficacia precettiva delle norme medesime nei confronti dell'organo giurisdizionale; salva la loro efficacia indiretta, quali principî costituzionali di interpretazione della legge, analogamente a quel che si è detto qui sopra, per gli atti vincolati della funzione esecutiva. Meglio riflettendo, peraltro, ci si accorge che le cose non sono così semplici come a tutta prima potrebbero sembrare. Esistono pure, infatti, delle zone di discrezionalità della funzione giurisdizionale ([27]), sulle quali indubbiamente si esplica la caratteristica efficacia delle norme programmatiche (ogni volta che il giudice è chiamato a operare una valutazione di interessi in conflitto, la prevalenza dovendo spettare a quello che risulta costituzionalmente protetto, sia pure in modo indiretto, dalla norma programmatica); e lo stesso dicasi per quanto riguarda l'attività di integrazione e di ricerca del diritto, la quale — si voglia, o non, riconoscerle carattere propriamente discrezionale — è pur sempre regolata, nell'ordinamento vigente, da norme giuridiche (principî generali), tra cui bisogna appunto annoverare le norme costituzionali programmatiche ([28]).

Dall'altro lato, poi, la natura specifica dei compiti dell'organo giurisdizionale in relazione al principio di legalità fa sì che le norme costituzionali programmatiche gli si impongano sotto un diverso punto di vista, in modo perfettamente identico a qualsiasi altra norma formalmente costituzionale: ossia *quali criteri oggettivi di valutazione della legittimità delle norme di legge, anteriori o successive*, direttamente operative per la disciplina delle rispettive materie, *che esso è chiamato ad applicare*. Vale a dire, proprio e precisamente quali norme costituzionali vincolanti il potere legislativo. Tanto è vero che, come abbiam visto, il giudice non è solo autorizzato, ma obbligato a rifiutare applicazione a queste norme legislative, sospendendo il giudizio e rimettendo gli atti alla Corte costituzionale, ogni

([27]) Concetto che può ritenersi pressoché pacifico in dottrina: cfr. per tutti, recentemente, VIRGA, *Libertà giuridica*, cit., p. 124.

([28]) MORTATI, *La Costituzione materiale*, cit., p. 195 ss. Cfr. anche CRISAFULLI, *I principî costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, cit., *passim*.

volta che l'eccezione di incostituzionalità sollevata da una delle parti non gli appaia « manifestamente infondata », e anche d'ufficio, quando egli abbia seria ragione di dubitare della costituzionalità delle norme stesse ([29]). Né alcuna distinzione è fatta al riguardo, dall'ordinamento vigente, tra l'ipotesi di contrasto con norme costituzionali di « immediata applicazione » e « norme costituzionali programmatiche »; in entrambe sussistendo egualmente, e per identiche ragioni, incostituzionalità delle norme poste con la legge ordinaria.

6. Bisognerebbe poi esaminare una serie di questioni concernenti, invece, le situazioni soggettive positive o di vantaggio derivanti dalle norme costituzionali programmatiche. Le considerazioni che seguono hanno il solo intento di contribuire a una prima impostazione di massima del problema, tanto per avviare la discussione su qualche criterio generale.

Partendo dalla concezione tradizionale della *bilateralità* della norma giuridica, si tratterebbe semplicemente di ricercare *l'altro lato* della *regolarità* stabilita dalle norme costituzionali programmatiche, in relazione al vincolo obbligatorio da esse derivante, secondo i rilievi che precedono, per l'apparato statale, a cominciare dagli organi di indirizzo politico e da quelli legislativi. *Verso quali soggetti* si esplica la doverosità di quei certi comportamenti statali che formano oggetto delle norme programmatiche? Evidentemente, verso coloro nel cui interesse, sia pure indirettamente, esse sono dettate, quindi verso tutti quei soggetti i quali si trovano in condizione di trarre vantaggio dalla loro applicazione ed osservanza. Al dovere dello Stato, immediatamente costituito dalle norme stesse, corrisponderebbe perciò una situazione soggettiva positiva — della quale si dovrebbe poi esaminare la consistenza e definire l'esatta qualificazione dogmatica — in una serie di soggetti esterni all'organizzazione statale.

Questo modo di procedere offrirebbe perciò la possibilità di tradurre facilmente in termini giuridici l'argomento del senso comune: se le norme costituzionali programmatiche implicano l'adozione di una certa linea di condotta doverosa per lo Stato-soggetto, ai fini della protezione che questo si impegna a dare a certi interessi, vuol dire, per l'uomo della strada ignaro del tecnicismo giuridico, che lo Stato si obbliga verso i cittadini, e più particolarmente verso coloro

([29]) Art. 1 della legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1.

che vi hanno speciale interesse, a comportarsi in un dato modo anziché in un altro, a perseguire determinati indirizzi, a legiferare in ordine a queste o quelle materie emanando norme rivolte a soddisfare quelle tali esigenze che la Costituzione ha appunto riconosciuto meritevoli di speciale tutela.

Ma, com'è noto, alla teoria della bilateralità della norma giuridica sono state mosse numerose e svariate critiche, soprattutto nel campo della dottrina giuspubblicistica ([30]). Attualmente è teoria tutt'altro che pacifica; e perciò proseguire per la via ora accennata potrebbe sembrare arbitrario e fin troppo comodo, la soluzione del problema essendo, su questo piano, in certo qual modo già data nella sua stessa enunciazione. Contentiamoci dunque della sommaria indicazione che precede e, abbandonando ogni premessa di carattere generale sulla bilateralità o non delle norme giuridiche, passiamo invece a un diverso ordine di considerazioni con esclusivo riferimento al diritto positivo. Procediamo, cioè, sul terreno strettamente dogmatico.

Le norme costituzionali programmatiche, si è visto, non regolano direttamente le materie cui pure si riferiscono, *ma regolano propriamente l'attività statale in ordine a dette materie*: hanno ad oggetto immediato comportamenti statali, e soltanto mediamente e, per dir così, in secondo grado quelle certe materie. Ciò significa che *dall'osservanza da parte degli organi statali delle norme stesse dipende la soddisfazione di certi interessi*, che per l'innanzi non avevano alcuna distinta rilevanza giuridica, erano cioè interessi meramente di fatto.

Sempre, quale che sia il regime politico-sociale e il diritto positivo, il disoccupato ha interesse, *in linea di fatto*, a trovare una occupazione remunerata; ma questo suo interesse può assumere, a secondo dei varî ordinamenti giuridici, altrettante diverse qualificazioni dogmatiche. Può restare un interesse di fatto, giuridicamente irrilevante: come avviene negli ordinamenti di tipo liberale puro, in cui lo Stato restringe al minimo i suoi interventi nella sfera della

([30]) Non credo peraltro che tali critiche siano sempre fondate. In generale esse si basano sulla affermata esistenza di doveri pubblici cui non corrispondono diritti in altri soggetti; ciò che può essere talvolta esatto, riferendosi però a un concetto dogmatico di « diritto », mentre la bilateralità della norma giuridica consiste semplicemente nel derivare da essa una *regolarità* (secondo l'espresisone del CESARINI SFORZA) di situazione attiva e situazione passiva, irrilevante essendo poi, a questi effetti, la consistenza dogmatica delle situazioni stesse.

« società civile », limitandosi a garantire il preteso libero esplicarsi delle forze economiche, la libertà dell'iniziativa privata e il rispetto delle « regole del giuoco ». Può essere, al contrario, oggetto di apposita e specifica tutela da parte dell'ordinamento, che appresti i mezzi atti a darvi concreta soddisfazione, assurgendo allora a vero e proprio diritto soggettivo perfetto: come avviene per il diritto al lavoro nel quadro dell'ordinamento sovietico. Può essere, infine, protetto bensì dall'ordinamento, ma, com'è appunto il caso del nostro art. 4, in modo indiretto e mediato, attraverso l'imposizione di un vincolo alla discrezionalità delle funzioni statali di indirizzo politico, legislativa ed amministrativa: in quanto, cioè, lo Stato sia costituzionalmente obbligato ad apprestare i mezzi necessari per darvi adeguata soddisfazione e quindi anche a porre le norme giuridiche necessarie. Certo, finché tali mezzi non siano effettivamente istituiti ed operanti, il « diritto al lavoro » non è ancora un diritto soggettivo perfetto, nell'accezione più comune e ormai tradizionale; e tuttavia esso viene già a rivestire, in base alla norma costituzionale programmatica, un significato propriamente giuridico che senza di questa non avrebbe avuto, e che prima di questa non aveva. I cittadini disoccupati ne traggono, infatti, l'aspettativa alla emanazione di certe leggi, al compimento di certe riforme, all'attuazione pratica di un certo programma di azione statale: il loro interesse ad ottenere un lavoro remunerato atteggiandosi, in questa fase che può chiamarsi di attesa, *come l'interesse all'osservanza da parte dello Stato-soggetto della norma dell'art. 4*: che è un interesse costituzionalmente protetto e perciò, senza dubbio, un interesse giuridicamente rilevante.

È soltanto un esempio, che sembra però valga a chiarire utilmente la situazione che si determina per certi soggetti in conseguenza delle norme costituzionali programmatiche: analoga a quella, ben nota alla scienza e alla pratica del diritto amministrativo, degli *interessi legittimi* e consistente in un vantaggio derivante a soggetti determinati come risultato delle norme « che impongono al titolare di un potere l'osservanza di date modalità e condizioni nell'esercizio di esso »([31]). La prevalente efficacia giuridica formale della Costituzione rispetto ad ogni altro atto statale; il riconoscimento pertanto della natura obbligatoria del vincolo posto dalle norme costi-

([31]) Secondo la formulazione del MIELE, *Principî di diritto amministrativo*, I, Pisa 1945, p. 66 ss.

tuzionali programmatiche all'apparato statale, per quanto concerne l'esercizio delle potestà di indirizzo politico, legislativa e amministrativa, secondo i rilievi sopra esposti; la stessa funzione caratteristica delle norme programmatiche, in quanto dirette a promuovere comportamenti statali idonei a disciplinare certe materie in modo da dare concreta soddisfazione a determinati interessi: tutte queste considerazioni, tra loro reciprocamente integrantisi, conducono logicamente alla conclusione qui accolta, che coincide poi, sostanzialmente, con quella cui si perverrebbe muovendo dalla concezione della bilateralità della norma giuridica e perciò anche, in ultima analisi, con le stesse esigenze immediate del senso comune. La figura degli interessi legittimi, non è esclusivamente propria del diritto amministrativo; e così come se ne danno applicazioni nel campo del diritto privato([32]), nulla vieta di ritrovarne altre, particolarmente significative, nel diritto costituzionale.

Non è questa la sede per prendere posizione in ordine alla problematica relativa alla definizione dell'*interesse legittimo* e alla differenziazione di tale figura dogmatica da quelle del *diritto soggettivo* e della pretesa (assai variamente intesa, quest'ultima). Qui sarà sufficiente rilevare come le situazioni soggettive di vantaggio derivanti dalle norme programmatiche della Costituzione non assurgano alla consistenza propria del diritto soggettivo (nell'accezione tradizionale del termine) o della pretesa [adottando una diversa concettuologia e nomenclatura([33])], perché l'interesse soggettivo materiale è bensì tutelato da norme giuridiche, ma « da norme che segnano limiti di potestà discrezionali »([34]) e non da norme che determinano compor-

([32]) ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in « Studi in memoria di Francesco Ferrara », II, Milano 1943; MIELE, *loc. cit.* alla nota precedente. Un acuto accenno alla possibilità di configurare « una pretesa del singolo ad invocare la tutela del giudice in funzione di organo di controllo della costituzionalità sostanziale delle leggi, anche in confronto di principi solo direttivi, quando la legge emessa sia in netta contraddizione con tali principi e il singolo si trovi in una posizione di interesse legittimo alla loro osservanza », in MORTATI, *Questioni sul controllo di costituzionalità sostanziale*, cit., p. 8 dell'estratto.

([33]) Cfr. per tutti GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 25 dell'estratto.

([34]) Secondo la bellissima definizione del CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova 1914, p. 775: « È interesse legittimo un interesse tutelato dalla legge o occasionalmente, cioè in riguardo all'utile pubblico anziché all'utile del subietto, o capace di imperfetta soddisfazione, perché tutelato da norme che segnano limiti di facoltà discrezionali ».

tamenti di altri soggetti, pubblici o privati, i quali siano obbligati a darvi completa ed intera soddisfazione. Per riprendere l'esempio del diritto al lavoro, è chiaro che l'interesse del cittadino ad ottenere una occupazione lavorativa è attualmente protetto dalla norma costituzionale del primo comma dell'art. 4 soltanto mediatamente, attraverso la prescrizione di comportamenti pubblici discrezionali ossia attraverso la determinazione di limiti giuridicamente obbligatori alla discrezionalità delle funzioni statali. D'altra parte, peraltro, la protezione di detti interessi soggettivi non è nemmeno, molte volte, un semplice riflesso occasionale della tutela di un interesse pubblico oggettivo, avendo spesso il vincolo posto dalla norma costituzionale programmatica al potere discrezionale dei soggetti pubblici governanti carattere *funzionale* nei confronti della protezione degli interessi medesimi([35]). Analizzando infatti, le norme programmatiche degli artt. 4, primo comma, 5 (autonomie locali), 6 (minoranze linguistiche), 10, secondo comma (straniero), 24, ult. comma (riparazione degli errori giudiziari), 30, penultimo comma (figli nati fuori

([35]) Quando si parta, invece, dal concetto dell'interesse legittimo come di un interesse protetto soltanto occasionalmente, si resta poi imbarazzati nel classificare le situazioni soggettive di cui nel testo. Recentemente anche il GUARINO (nello scritto cit.) ha fondato la differenza tra pretesa e interesse legittimo nella diversa funzione del vincolo: diretto, nella prima ipotesi, alla soddisfazione dell'interesse, nella seconda ipotesi, invece, determinato da ragioni estranee all'interesse medesimo e pertanto solo occasionalmente connesso con questo. Su tale piano si può essere tentati di classificare molte delle situazioni soggettive di vantaggio derivanti dalle norme costituzionali programmatiche, come pretese, la protezione dell'interesse soggettivo essendo in molti casi *teleologicamente* — e non *occasionalmente* — collegata al vincolo imposto allo Stato-soggetto (v. poco appresso nel testo); senonché, meglio riflettendo, parlare al riguardo di pretese sarebbe in fin dei conti inesatto per altri motivi e riuscirebbe ad un travisamento, anziché ad una coerente applicazione, della impostazione generale del GUARINO. Potrebbe viceversa, ed anzi dovrebbe, parlarsi di pretese, e non di interessi legittimi, qualificando le situazioni soggettive di cui ci stiamo occupando, se si muovesse dalla diversa concettuologia di M. S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., p. 270, il quale definisce appunto pretese le situazioni di vantaggio corrispondenti al *dovere*, distinguendo altresì il dovere dall'obbligo, a secondo che il vincolo abbia contenuto generico e derivi da norme che stabiliscano comportamenti generici (dovere) ovvero attenga ad un bene determinato (obbligo). Alla stregua di tale dottrina, sembra infatti che le situazioni di svantaggio derivanti per i soggetti governanti dalle norme costituzionali programmatiche siano da classificarsi tra i doveri, e non tra gli obblighi, così che le situazioni soggettive favorevoli rispettive dovrebbero, a loro volta, classificarsi tutte come pretese.

del matrimonio), 32, primo comma (cure gratuite agli indigenti), 34, terzo e quarto comma (in materia di scuola), 38 (assistenza e previdenza sociale, limitatamente alla parte programmatica di questa disposizione, che enuncia anche un principio generale in atto nella legislazione vigente), ecc., risulterebbe chiaramente che in tutti questi casi il vincolo è costituzionalmente stabilito proprio a tutela degli interessi dei soggetti rispettivamente previsti (enti autonomi, stranieri, lavoratori, ecc.)([36]). Altre volte, invece, l'analisi della norma costituzionale programmatica porterebbe a concludere diversamente, la protezione degli interessi soggettivi essendo allora un semplice riflesso occasionale. È questo il caso, per esempio, del secondo comma dell'art. 3, il promuovimento di una eguaglianza sostanziale essendo stabilito costituzionalmente nel solo interesse generale obiettivamente considerato, ma potendo determinare tuttavia, di riflesso, situazioni di vantaggio personale e diretto a favore di soggetti che si trovino in condizioni particolari nei confronti della norma (interesse legittimo). Lo stesso vale, probabilmente, per l'art. 31, primo e secondo comma, e per gli artt. 43 e 44.

7. Le conclusioni cui siamo giunti nel par. precedente non sono affatto di natura astrattamente teorica: giacché il nostro diritto positivo appresta i mezzi con i quali i soggetti titolari di interessi che siano comunque costituzionalmente protetti (come diritti soggettivi, pretese e interessi legittimi, a seconda dei casi e dei criteri classificatori) sono in grado di farli valere nei confronti dello stesso legislatore. E viceversa, l'esistenza di tali mezzi e i principî che presie-

([36]) Le considerazioni accennate nel testo conducono a chiarire più compiutamente il concetto delle norme costituzionali cosiddette « programmatiche », confermando la improprietà di fondarlo sul solo criterio dei « destinatari » (sopra, par. 4, testo e nota 19). In realtà, nella fattispecie regolata da tali norme entrano anche gli interessi soggettivi che ne vengono protetti: quanto meno per quelle norme « programmatiche » che si propongono direttamente, secondo i rilievi accennati qui sopra nel testo, la protezione di detti interessi. Sicché sarebbe inesatto affermare senza distinzione che le norme « programmatiche », in quanto tali, abbiano una sfera di efficacia esclusivamente interna all'organizzazione statale o, in altre parole siano *costitutive* del solo ordinamento interno della persona statale. In questo senso, ritengo superata, mercé i risultati raggiunti attraverso un primo esame delle situazioni soggettive derivanti dalle norme costituzionali programmatiche, la distinzione che io stesso avevo tracciato nello scritto, cit. alla nota (2), *Costituzione e protezione sociale*, n. 5 (p. 13 dell'estratto)

dono al loro concreto assetto confermano, d'altro canto, le conclusioni accolte. Il controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi è, infatti, organizzato in modo tale da realizzare, insieme con la tutela dell'interesse generale alla legittimità dell'azione statale in ogni sua manifestazione, *anche la specifica tutela dei diritti e degli interessi soggettivi garantiti dalla Costituzione.*

Il potere di impugnare una legge incostituzionale si esercita, di regola, in via incidentale (art. 1 della legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1); soltanto nei rapporti tra Stato e Regioni, in via principale (art. 2 della stessa legge cost.). In entrambe le ipotesi, tale potere è conferito esclusivamente a determinati soggetti, direttamente interessati, con una sola eccezione, concernente l'organo giurisdizionale, il quale è tenuto anche d'ufficio a sospendere l'applicazione della norma di legge che gli appaia incostituzionale. Ma, all'infuori di questo unico caso di rilevabilità della questione di costituzionalità da parte di un organo statale nell'interesse obiettivo della legalità, sempre, in ogni altro caso, sia di impugnazione incidentale sia di impugnazione principale, questa presuppone un interesse personale e diretto del soggetto abilitato alla impugnazione medesima. Ciò risulta evidente, per la prima ipotesi (impugnazione incidentale): essendo qui necessario che siasi già instaurato un giudizio — civile, penale o amministrativo — nel corso del quale la parte che vi ha interesse può opporre l'eccezione di incostituzionalità di una norma di legge, provocando così (ove il giudice non ritenga l'eccezione « manifestamente infondata ») l'intervento e la successiva pronunzia, efficace *erga omnes*, della Corte([37]); ma ciò non è men vero nella seconda ipotesi, di impugnazione promossa in via principale nei rapporti tra Stato e Regioni. Giacché anche qui, sia lo Stato che la Regione, impugnando una legge, rispettivamente regionale o statale, fanno valere il proprio interesse all'osservanza dei limiti costituzionalmente stabiliti a garanzia della sfera di competenza normativa a ciascuno di essi spettante.

Tutto ciò è fuori dubbio, ma andava ricordato per mostrare come la giurisdizione di costituzionalità non sia affatto, nel diritto positivo italiano, esclusivamente una giurisdizione di diritto obiettivo, ma tenda invece anche alla tutela di situazioni soggettive; anzi,

([37]) Cfr. al riguardo le lucide osservazioni dell'AZZARITI, *Il sindacato di costituzionalità delle leggi*, in *Riv. di dir. process.*, 1950, fasc. II, p. 16 ss. dell'estratto.

questa protezione di situazioni soggettive è concepita come il mezzo tecnico per conseguire al tempo stesso la tutela della legalità costituzionale, obiettivamente considerata. Piuttosto è da sottolineare come le situazioni soggettive in tal modo protette attraverso il meccanismo del sindacato di costituzionalità delle leggi non siano soltanto quelle assurgenti alla figura del diritto soggettivo in senso stretto, ma comprendano altresì gli interessi legittimi e le pretese che ai singoli soggetti possano appartenere in base a norme costituzionali di qualsiasi tipo: immediatamente precettive (nel senso convenzionale ormai più volte chiarito) oppure programmatiche (anche qui, nel senso che si è avuto cura di precisare). Il cittadino, tanto per fare un esempio, potrà sollevare la eccezione di incostituzionalità di una legge ordinaria che leda un suo diritto di libertà civile sancito da una norma della Costituzione; ma potrà anche sollevare l'eccezione nei confronti di una legge, in materia economico-sociale in ipotesi, che sia in contrasto con una norma programmatica della Costituzione medesima. In entrambi i casi, la situazione soggettiva di vantaggio riconosciutagli dalla Costituzione è egualmente presidiata dalla possibilità di mettere in moto il meccanismo del sindacato di costituzionalità: è presidiata, cioè, di fronte allo stesso legislatore.

Certo, il congegno non funziona altrettanto bene nell'ipotesi di inerzia legislativa, mancando allora la legge da impugnare: ciò non toglie peraltro, come si è visto in precedenza, che i soggetti interessati possano valersi anche qui di determinati mezzi legali. Anzitutto, essi potranno stimolare l'opera del Parlamento, esercitando al pari di ogni altro cittadino, il diritto di petizione; potranno anche sostituirsi alle Camere esercitando il diritto di iniziativa popolare delle leggi e presentando perciò essi stessi, nelle condizioni volute dalla Costituzione, le proposte di legge necessarie a tradurre in pratica le norme costituzionali programmatiche alle quali il legislatore non avesse ottemperato. Questi, evidentemente, sono mezzi che l'ordinamento vigente offre *a tutti*, cittadini o elettori, e non soltanto ai soggetti particolarmente interessati; ma naturalmente, *anche* a costoro.

Ma c'è poi un altro aspetto del problema, al quale si è già a suo luogo brevemente accennato. Se le conclusioni raggiunte nei parr. precedenti sono esatte, gli interessati potranno, in certi casi, sollevare la questione di costituzionalità *nei confronti delle vecchie leggi,* provocandone in tal modo l'eventuale annullamento da parte della

Corte costituzionale e obbligando così, indirettamente, gli organi legislativi ad uscire dalla loro inerzia ed a provvedere sollecitamente in modo conforme alla norma costituzionale programmatica ([38]). Mancando, infatti, le norme di legge che sarebbero necessarie e doverose in attuazione di una norma costituzionale programmatica, la relativa materia continua ad essere regolata dalla legislazione anteriore. La quale sarà diventata frattanto incostituzionale, in quanto disponga in modo incompatibile con le successive norme di grado superiore (ma non sarà abrogata tacitamente, per essere queste ultime esclusivamente programmatiche: sopra, par. 2). Ed in tal caso, coloro che vi abbiano interesse saranno abilitati, nel corso di un qualsiasi giudizio penale, civile o amministrativo, ad impugnare le norme anteriori per illegittimità costituzionale sopravvenuta e la Corte potrà a sua volta pronunciarne l'annullamento ([39]) ([40]).

Certo, come già si è avuto cura di osservare in precedenza (sopra, par. 2, testo e nota 10), i casi in cui gli interessati potranno utilmente valersi del potere di impugnare vecchie norme di legge per incostituzionalità successiva saranno in pratica molto rari. Prima di giungere, infatti, a tale estrema conseguenza, bisogna che siansi esaurite tutte le possibilità di dare alle vecchie norme una interpretazio-

([38]) La decisione con cui la Corte pronunci l'annullamento di una norma di legge, infatti, viene « comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali » (art. 136, secondo comma).

([39]) Beninteso, restano sempre fermi i rapporti giuridici ormai consolidatisi sotto l'imperio delle vecchie norme di legge, in base alla già ricordata disposizione dell'art. 136 della Costituzione. Nessun timore, dunque, per la certezza del diritto: in sostanza, accogliendo l'opinione che si è delineata in questo scritto, le conseguenze pratiche che potrebbero verificarsi, nel caso di annullamento per incostituzionalità successiva di leggi vecchie, sarebbero analoghe a quelle derivanti da una loro abrogazione (ciò dicasi senza voler risolvere qui il problema se la pronuncia di annullamento della Corte costituzionale abbia natura materialmente legislativa, ponga cioè una norma giuridica abrogativa).

([40]) Naturalmente quando la stessa Costituzione pone un termine entro il quale avrebbe potuto e dovuto provvedersi alla realizzazione di sue norme programmatiche (o anche di norme « a efficacia differita », le quali, da tale punto di vista, si configurano come programmatiche), l'incostituzionalità delle norme anteriori contrastanti si verificherà soltanto *dopo* decorso detto termine. La prefissione del quale vale, infatti, a costituzionalizzare provvisoriamente la vecchia legislazione che altrimenti sarebbe stata immediatamente invalidata dall'entrata in vigore della nuova Costituzione.

ne ed una applicazione compatibili con le norme costituzionali programmatiche sopravvenute. Ma anche qui, sono precisamente i soggetti interessati che appaiono legittimati ad esperire i mezzi legali necessari.

Per quanto concerne, infatti, gli atti discrezionali delle autorità amministrative e giudiziarie, essi potranno impugnarli direttamente, quando si dirigano in senso contrastante con le norme costituzionali programmatiche, poiché queste disciplinano immediatamente esse stesse, come si è veduto a suo luogo, l'esercizio delle potestà discrezionali.

Infine, l'efficacia interpretativa spettante alle norme costituzionali programmatiche nei confronti del diritto vigente — prima della trasformazione di questo nel senso dalle norme medesime determinato — permette a sua volta a chiunque vi abbia interesse di valersi degli abituali rimedi giuridici contro atti amministrativi vincolati e decisioni giurisdizionali dalle quali esulino elementi di discrezionalità, che, in concreto, non ne abbiamo tenuto conto nell'applicare ed interpretare le vecchie norme di legge, da cui seguita ad essere regolata — in ipotesi — una certa materia: ciò che si risolve, indirettamente, in un ulteriore pratico correttivo per il caso, che qui si esamina, di inerzia legislativa.

III.

LA SOVRANITÀ POPOLARE NELLA COSTITUZIONE ITALIANA

(NOTE PRELIMINARI)

Pubblicato in *Rass. Giuliana di dir. e giurispr.*, 1954 e in *Studi in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Padova, 1955.

SOMMARIO: 1. Rappresentanza politica e sovranità popolare dall'ordinamento statutario alla Costituzione del 1947. Posizione del problema. — 2. Il « dogma » della esclusiva sovranità dello Stato: sua storicità. — 3. Equivocità del « dogma »: duplice accezione del nome « Stato » (Stato-società e Stato-soggetto) — 4. Segue: varie accezioni del concetto di sovranità. — 5. Esame dell'art. 1, secondo comma, della Costituzione vigente: efficacia normativa di tale disposizione. — 6. Segue: interpretazione della norma: sovranità come potestà di governo, sua spettanza al popolo come universalità dei cittadini viventi. — 7. Critica delle dottrine che configurano il popolo come organo dello Stato: il popolo non è organo dello Stato e non s'identifica con il corpo elettorale. — 8. Segue: neanche il corpo elettorale può configurarsi come organo dello Stato-soggetto. — 10. Il popolo come figura giuridica soggettiva. — 11. Il popolo come collettività organizzata: organizzazione *legale* e organizzazione *volontaria*. — 12. Segue: le libertà politiche e altri diritti fondamentali politicamente rilevanti quali modi di organizzazione legale della collettività popolare. — 13. Segue: libertà economiche e sovranità popolare. — 14. Lo Stato moderno rappresentativo e la sovranità popolare. — 15. Varî tipi di ordinamenti rappresentativi: 1) ordinamenti meramente rappresentativi, in cui la sovranità spetta allo Stato-soggetto, quale *sostituto* del popolo. — 16. Segue: 2) ordinamenti in cui al popolo è riservata la potestà costituente e 3) ordinamenti in cui al popolo spetta la sovranità come potestà costituente e come ordinaria potestà di governo (istituzioni rappresentative e istituzioni di democrazia diretta). — 17. Conclusioni in relazione all'ordinamento costituzionale italiano.

1. A differenza del vecchio Statuto, che qualificava espressamente la forma di governo da esso instaurata e disciplinata come « rappresentativa » (art. 2), la vigente Costituzione della Repubblica non contiene altro riferimento testuale alla rappresentanza politica all'infuori di quello dell'art. 67, per cui « ogni membro del Parlamento rappresenta la nazione... ». Ma la Costituzione vigente — affermando, all'art. 1 che « l'Italia è una Repubblica democratica » e che « la sovranità appartiene al popolo » e, all'art. 101, che « la giustizia è amministrata in nome del popolo »; ponendo il principio elettivo a fondamento di entrambe le Camere legislative nonché del capo dello Stato e, parzialmente, della Corte costituzionale e del Consiglio superiore della magistratura; garantendo il suffragio universale, maschile e femminile, nella forma più larga, almeno per la

Camera (capacità elettorale attiva coincidente con la comune capacità di agire); accennando altresì (art. 102, terzo comma) alla « partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia »; riconoscendo ai cittadini la libertà di « associarsi in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale » (art. 49); riconoscendo ai cittadini in genere e agli elettori in ispecie, ampie libertà civili e politiche nonché poteri di iniziativa e di decisione diretta (*referendum* abrogativo e *referendum* costituzionale; iniziativa legislativa; *referendum* consultivo in materia di ordinamento degli enti locali) — dice in realtà molto di più, e qualcosa di ben diverso, rispetto all'ordinamento albertino.

Il fatto è che, nello Statuto, l'elemento rappresentativo, limitato alla formazione di una soltanto delle due assemblee parlamentari, era semplicemente una delle componenti del sistema, così come il principio democratico (che qualsiasi istituto rappresentativo necessariamente implica e presuppone, anche se in una sfera limitata) non era più di una delle componenti della formula politica costituzionalmente adottata. L'elemento rappresentativo era soltanto lo strumento per assicurare una limitata partecipazione « popolare » all'esercizio dei pubblici poteri; e per di più, tale partecipazione « popolare » era, e rimase per lunghissimi anni, attraverso il meccanismo dei sistemi elettorali direttamente o indirettamente censitari, partecipazione esclusiva di un ristretto strato di privilegiati. Come sempre, allorché il diritto elettorale sia attribuito a una minoranza, attuandosi l'identità governanti-governati non con riferimento al popolo nel suo complesso, ma ad una ristretta aliquota di cittadini *attivi*, può dirsi senza ombra di paradosso che nel sistema statutario il principio democratico coesisteva con un sistema oligarchico (vi era, infatti, democrazia in seno a un gruppo sociale ristretto). Si aggiunga che la rappresentanza politica, esprimentesi nella Camera elettiva, era il solo ed unico mezzo attraverso il quale potesse manifestarsi, nel Regno d'Italia, il principio democratico, così rigorosamente mantenuto, specialmente agli inizi, nei limiti di un regime oligarchico borghese.

Nella Costituzione vigente, invece, il principio democratico è il principio *esclusivo* di organizzazione dello Stato, e l'elemento rappresentativo, a sua volta, si diffonde, in forme molteplici e in gradi diversi, per l'intero apparato statale: sia pure accentrandosi con maggiore intensità ed evidenza negli organi parlamentari. Ma il punto essenziale e decisivo, che differenzia radicalmente, da questo

punto di vista, l'attuale ordinamento repubblicano dal precedente ordinamento monarchico, è costituito dal principio della sovranità popolare: estraneo allo Statuto albertino([1]), presente viceversa e fondamentale nella Costituzione vigente. È ben vero che, storicamente e concettualmente, la rappresentanza politica non è necessariamente legata alla sovranità popolare (non lo è, alle origini, in Inghilterra, come non lo era nel vecchio regno d'Italia; lo è stata e lo è viceversa quasi sempre nella Francia moderna); ma è vero altresì che l'accoglimento in sede di diritto positivo del principio della sovranità popolare non può non riflettersi anche su taluni problemi connessi tra l'altro alle istituzioni rappresentative, che vengono infatti ad essere integrate e corrette da istituti di democrazia diretta, più o meno sviluppati a seconda dei diversi ordinamenti positivi; così come non può non involgere, più generalmente, una serie di conseguenze di ordine giuridico, di cui la dottrina deve tener conto([2]).

([1]) Non manca, tuttavia, nella dottrina italiana anteriore alla « riforma » metodologica introdotta dall'Orlando, qualche timido accenno al principio della sovranità popolare, in relazione all'ordinamento statutario. Così specialmente il PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, I, Firenze, 1883, p. 148 ss., confondendo però il problema della appartenenza della sovranità con l'altro dell'organo supremo o, come spesso inesattamente si dice, sovrano (« il problema è sempre di chi abbia titolo a sovraneggiare nello Stato sovrano e a nome di esso ») e riferendosi alla formula « per grazia di Dio e per la volontà della nazione », adottata dalla legge del 17 marzo 1861 (« la sovranità adunque appartiene in Italia alla nazione italiana in questo senso che nessun ceto, corpo, città o parte ha il potere sovrano, ma la nazione stessa » — subito dopo aggiungendo peraltro: « ... non inorganicamente come una moltitudine risolta nei suoi atomi, ma ordinata a Stato, ossia a monarchia rappresentativa secondo lo Statuto e gli organi da esso costituiti »: ossia, contraddicendo la prima affermazione e finendo con l'identificare, al solito, la nazione con lo Stato). È caratteristica dei tempi, e dei limiti che furono storicamente propri di quella classe dirigente, la preoccupazione con cui lo stesso PALMA si affretta ad avvertire che il popolo non si confonde con « la parte meno abbiente e meno colta ma più numerosa e rumorosa di tutto il popolo » (p. 101), ricordando in nota le parole di Bismark, per cui « è popolo anche Sua Maestà l'Imperatore ». Nel medesimo ordine di idee, cfr. per esempio le filippiche contro i principi democratici che si leggono nel CASANOVA, *Lezioni del diritto costituzionale*, II, Firenze 1869, lez. XVII, il quale giungeva sino ad affermare addirittura una « differenza assoluta » tra il governo rappresentativo e il governo democratico (!); ed anche, sebbene su di un piano di maggior rigore scientifico, la polemica antidemocratica dell'ARCOLEO, *Diritto costituzionale*, Napoli 1907, 3°, p. 70 ss.

([2]) Il presente scritto, come indicato espressamente dal sottotitolo, non

Nel complesso, tuttavia, e salvo pochissime eccezioni, non sembra che la dottrina più recente abbia compiuto un serio sforzo per adeguarsi ai principî nuovi enunciati dalla Costituzione in merito al rapporto Stato — società e conseguentemente alla posizione e alla rilevanza giuridica del popolo nell'ordinamento vigente. Anzi, si ha talora l'impressione che certe affermazioni del testo costituzionale, a cominciare proprio da quella dell'art. 1 relativa alla sovranità popolare, siano apprese come scomode disturbatrici di una *routine* dottrinale, che tende in generale a proseguire sul binario tracciato dalla giuspubblicistica italiana anteriore e, prima ancora, dalla grande scuola germanica del secolo XIX. Avviene così che al principio della seconda parte dell'art. 1, per cui « la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione », ci si ostini spesso a contrapporre tranquillamente il « dogma » della esclusiva sovranità dello Stato, al quale viene data la preferenza, sbarazzandosi con espedienti varî della disposizione dell'art. 1, per la semplicistica ragione che essa non rientra negli schemi tradizionalmente derivati dal « dogma » della esclusiva sovranità dello Stato. All'ingrosso, il ragionamento comune è molto curioso: sovrano è solo lo Stato, perché così risulta, non già — si badi — da un qualsiasi testo di diritto vigente, ma... dalla dottrina (anteriore); se, dunque, la Costituzione sembra dire il contrario o almeno cosa diversa, è la Costituzione che ha torto, perché non sta alle regole (ai « dogmi ») della dottrina, e tanto peggio per la Costituzione!

È invece proprio il « dogma » che la sovranità appartenga esclusivamente allo Stato, che solo ed unico soggetto sovrano sia lo Stato, che deve oggi essere riveduto criticamente; e non soltanto perché in contrasto con una norma della Costituzione vigente, quale quella della seconda parte dell'art. 1, ma anche perché, nella sua più

si propone l'intento ambizioso di affrontare un esame completo e dettagliato dei numerosi problemi sui quali il principio della sovranità popolare viene — direttamente o indirettamente — a incidere, rendendone necessaria una revisione critica e spesso una nuova impostazione; ma intende limitarsi, più modestamente, a fissare talune premesse di ordine generale, accennando anche, a solo titolo di esempio, a talune tra le conseguenze più rilevanti che ci è sembrato debbano necessariamente farsene derivare. Le indicazioni bibliografiche sono state perciò ridotte entro limiti molto rigorosi, con riferimento di regola a scritti recenti o comunque particolarmente significativi degli orientamenti dottrinali criticati o viceversa accolti nel testo.

comune accezione, presupponeva e presuppone una serie di equivoci, sia relativi al concetto dello Stato, sia relativi al concetto di sovranità.

2. Intanto, bisogna pregiudizialmente ricordare che il « dogma » della esclusiva sovranità dello Stato, come tutti i concetti giuridici del resto, è storicamente condizionato da determinate forme di organizzazione politica ed è in funzione di ideologie politiche formatesi, non certo a caso, in paesi e in epoche determinate. Non per nulla, la più compiuta, rigorosa e conseguente formulazione, esso l'ha avuta infatti in Germania e in Italia, mentre in Francia lo si trova quasi sempre accompagnato dalla teoria della sovranità popolare o nazionale([3]) e nella prevalente dottrina (specie in quella più vicina alle origini dello Stato moderno) si assiste di regola al tentativo — più o meno felicemente riuscito — di conciliare dialetticamente il duplice principio, della sovranità nazionale o popolare e della sovranità statale.

Nella giuspubblicistica germanica e italiana, il « dogma » si è anzi tradotto ben presto in una vera e propria esaltazione mistica dello Stato, che trova riscontro, sul terreno filosofico, nelle correnti di pensiero neo-hegeliano, per culminare in Italia, nell'idealismo attualista e infine nella rettorica fascista dello Stato. Non solamente il principio della sovranità popolare — estraneo, del resto, all'ordinamento italiano e all'ordinamento tedesco del tempo — era accuratamente relegato, dalle dottrine rispettive, fuori dei confini della trattazione giuridica, ma lo stesso concetto di popolo veniva considerato spurio e privo di altro significato, per il giurista, che non fosse quello di « elemento costitutivo » dello Stato. Persino l'Orlando, che pure fu tra i costituzionalisti italiani della scuola tradizionale, il più aperto, forse, e sensibile alle esigenze della realtà e alle lezioni della storia politica, poteva allora concludere, con sicurezza invero eccessiva, che « il miglior modo di intendere nel loro significato moderno le espressioni di "popolo" e di "nazione" consiste nel considerarle equivalenti, in sostanza, della parola "Stato", poiché

([3]) La dizione più comune in Francia è quella di *souveraineté nationale*: talora, con essa si intende nient'altro che la sovranità popolare, altre volte, invece, si tende, attraverso argomentazioni più o meno ingegnose, a differenziare i due concetti. Cfr. anche oltre, nel testo, n. 6, e nota 13.

è nello Stato che il popolo trova la sua vera espressione come unità giuridica » (4).

Tutto questo, ripeto, non è casuale. La scuola germanica di diritto pubblico, e più tardi la scuola « giuridica » italiana muovevano, infatti, dal dato di ordinamenti statali nei quali il principio della sovranità popolare non aveva alcun posto: neanche sotto l'aspetto, attenuato e di minor rilievo, di fonte o titolo di legittimazione dello Stato. Ordinamenti fondati su Carte *octroyées*, e non derivati da volontà popolare; ordinamenti monarchici, nei quali, come si è accennato, l'elemento democratico-rappresentativo era una semplice componente tra le altre, confinata per giunta originariamente nell'ambito di un regime strettamente oligarchico; ordinamenti fondati in realtà su di un « paese legale » assunto — secondo la felice espressione del Depretis — a « nuda presunzione di diritto, in disaccordo con la realtà, in disaccordo col Paese vero ». In Germania, come in Italia, il processo di formazione dello Stato moderno e della stessa unità nazionale-statale, in ritardo di oltre mezzo secolo rispetto alla vicina Francia, era avvenuto dall'alto in basso, anziché dal basso in alto; era avvenuto, per dir così, attraverso una interna evoluzione e trasformazione dell'organizzazione statale, piuttosto che per conquista popolare, che si fosse incarnata e dispiegata in nuove istituzioni governative e in un nuovo assetto dei pubblici poteri.

In tali condizioni, il « dogma » della sovranità dello Stato era sufficiente a caratterizzare giuridicamente il passaggio allo Stato moderno: in luogo del sovrano in carne ed ossa, subentra l'istituzione statale, che l'ordinamento qualifica — di regola — come persona e pertanto come il soggetto titolare della potestà di governo. Sovrano diviene dunque lo Stato.

Certo, da un punto di vista formale, la situazione non è diversa in Francia, dove pure lo Stato-persona è il moderno erede del

(4) L'affermazione riportata nel testo si trova nello scritto *Sul fondamento giuridico della rappresentanza politica*, in *Rév. du droit public et de la science politique*, 1895 (ora compreso nel vol. *Diritto pubblico generale*, Milano 1940). Questa ed altre analoghe premesse formali non impediscono peraltro l'ORLANDO dal mantenersi in tutta la sua opera aderente alla realtà storica del fenomeno studiato e dall'affermare in molte occasioni un largo e vivace spirito democratico [sia consentito richiamare in proposito la nostra commemorazione di ORLANDO, *Significato dell'opera giuridica di Vittorio Emanuele Orlando*, in *Rass. giuliana di dir. e giur.*, 1953, 2, e in *Annali triestini*, XXIII (1953) sez. I].

sovrano persona fisica della monarchia assoluta. Solo che, qui, ben più accentuata e vigorosa è la coscienza del significato politico *di fondo* della avvenuta trasformazione: che voleva dire, infatti, l'avvento della nazione sovrana, quindi preminenza e supremazia del popolo, rispetto a cui la figura dello Stato-persona finisce perciò con l'assumere carattere strumentale.

È stato giustamente osservato, di recente, come in sostanza lo Stato moderno, considerato nella sua unità « secondo la comune e ormai tradizionale accezione » sia « altrettanto assoluto quanto lo Stato dei tempi trascorsi »; l'unica differenza consistendo nel fatto che la persona nelle cui mani si assommano tutti i poteri è attualmente una persona giuridica, e non più una persona fisica. Differenza tuttavia importantissima, si è aggiunto, in quanto la figura della personalità giuridica statale verrebbe a... spersonalizzare le volontà reali, empiriche, individualizzate, dei governanti, celati dietro a questo « astratto schema concettuale »([5]). Ciò che può anche essere esatto, entro certi limiti, ed è certamente esattissimo, appreso come critica della dottrina tradizionale, rivolta appunto a mascherare dietro le sue astrazioni la realtà del potere politico. Ma, a nostro avviso, la vera differenza storica tra i due tipi di Stato è data proprio dal fatto che, nello Stato moderno, la persona statale appare come espressione, rappresentante, strumento (adopero deliberatamente, per ora, termini generici e tra loro diversi) del popolo o della nazione. O in altri termini, che, modernamente, sovrano diventa il popolo, e sia pure poi, concretamente, una parte, anche ristretta, di esso, una determinata classe, la quale peraltro tende a porre sé medesima — almeno nominalmente — come identica con il popolo tutto intero ed in nome di questo e della sovranità popolare giustifica il proprio dominio politico.

Qui sta il senso profondo della rivoluzione segnata dal passaggio allo Stato moderno, e non nella semplice circostanza formale della sostituzione ad un soggetto sovrano, persona fisica, di un astratto soggetto sovrano, persona giuridica. Gli stessi testi costituzionali della Francia moderna, dalla Costituzione del 1791 a quella del 1848, riecheggiano nelle loro formulazioni questa diffusa convinzione politica: « La sovranità appartiene alla nazione » — diceva l'art.

([5]) Il rilievo, molto interessante ed acuto, è del BALLADORE PALLIERI, *La crisi della personalità dello Stato*, in *Jus*, IV (1953), I, p. 3 dell'estratto.

1 della prima Costituzione rivoluzionaria del 3 settembre 1791, ma « La nazione, dalla quale provengono tutti i poteri, non può esercitarli se non per delega. La Costituzione francese è rappresentativa » (art. 2). La Costituzione della Repubblica del '48 a sua volta confermava che « La sovranità risiede nella universalità dei cittadini francesi » (art. 1), che « tutti i poteri pubblici, qualunque essi siano, emanano dal popolo » (art. 18) e che « il popolo francese delega il potere legislativo ad una Assemblea unica » (art. 21). E anche quando, più tardi, la teoria giuridica elaborerà il « dogma » della sovranità dello Stato, si tratterà soltanto di una costruzione tecnica, costretta sempre a fare i conti con l'ideologia politica della sovranità nazionale o popolare, cui non si potrà negare diritto di cittadinanza nella scienza giuridica; mentre, storicamente, è in nome di questa ideologia, e non del concetto dello Stato sovrano, che le classi dominanti seguiteranno per oltre un secolo ad esercitare la loro funzione dirigente ed unificatrice (*egemonia*) sull'intera società francese. In Italia come in Germania, per contro, per le diverse condizioni storiche da cui era sorto lo Stato moderno, il « dogma » della sovranità dello Stato, non solamente viene sempre più irrigidendosi, escludendo ogni temperamento ed ogni tentativo di conciliazione dialettica, ma diventa esso stesso l'*ideologia politica*, che servirà alle classi dominanti per giustificare e conservare il proprio potere politico.

Profondamente diversa è, invece, la situazione storica nel quadro della quale la norma costituzionale dell'art. 1 deve oggi essere interpretata. La sovranità popolare sta anzitutto, e concretamente, alle origini della vigente Costituzione: nata dalla consultazione popolare diretta del 2 giugno 1946 e dall'opera di una Assemblea contemporaneamente eletta a suffragio universale. La sovranità popolare, prima dunque di essere un principio ideologico affermato nel testo costituzionale, è la fonte dello stesso testo costituzionale e dell'intero ordinamento della Repubblica. Assente, formalmente e storicamente, dal vecchio ordinamento monarchico statutario, essa è viceversa ben presente, storicamente e formalmente, nell'ordinamento vigente. Sbarazzarsene col semplice richiamarsi al « dogma » della esclusiva sovranità dello Stato, non è pertanto possibile o equivarrebbe a fraintendere e tradire i presupposti e i principî dell'ordinamento che si tratta, invece, di studiare, di comprendere, di sistemare dogmaticamente.

3. D'altro canto, e ciò premesso, non va dimenticato che la dottrina tradizionale della esclusiva sovranità dello Stato si riferisce pur sempre a un concetto di Stato tutt'altro che univoco e preciso, mentre la stessa nozione di sovranità viene assunta in sensi diversi; sicché talune affermazioni « conclusive » che si sogliono ripetere sull'argomento finiscono in ultima analisi con l'essere viziate intimamente da una fondamentale incertezza, e quindi sono tutt'altro che conclusive.

Giacché, come ormai è stato più volte e largamente dimostrato muovendo dai più diversi punti di vista e seguendo i più diversi indirizzi metodologici, la parola Stato copre due distinti contenuti concettuali, così come il concetto di Stato ha per oggetto due distinti fenomeni reali. Stato significa, a volte, l'intera comunità politicamente organizzata, nella sua unità dialettica di governanti e governati, di autorità e libertà; altre volte, invece, significa uno soltanto dei momenti costitutivi di tale fenomeno complessivo, e cioè il governo (in senso largo): quel determinato apparato che, all'interno del gruppo politico, esercita la potestà d'imperio, governa, amministra, legifera, entra in rapporti determinati e giuridicamente regolati con altri soggetti, e via dicendo.

È chiaro, infatti, che quando si definisce lo Stato come « ente territoriale sovrano », quando se ne teorizzano i cosidetti « elementi costitutivi », si allude certamente al fenomeno statale complessivo: all'intera società umana, cioè, che storicamente viene intesa come formante uno Stato determinato. Noi tutti, cittadini di uno Stato, sentiamo allora di *farne parte*, di essere in certo senso noi stessi — investiti di autorità e quindi governanti, ovvero sottoposti ai comandi di costoro, e quindi governati — tutti assieme lo Stato, e in tale qualità ci differenziamo allora, e talvolta ci contrapponiamo, rispetto ad altri popoli formanti altri Stati (ma giova avvertire che, nel linguaggio comune, si parla piuttosto di nazione, con riferimento alla comune appartenenza alla medesima comunità territoriale). Quando, invece, si parla in dottrina dello Stato che fa le leggi, che amministra, giudica, punisce, leva tributi; quando sopratutto si costruisce la figura della personalità giuridica dello Stato (soggetto, tra gli altri soggetti del medesimo ordinamento; destinatario delle norme di questo stesso ordinamento) e lo Stato viene pertanto concepito come titolare di potestà, diritti, doveri, nei confronti dei cittadini e degli altri soggetti compresi nella sua sfera rispettiva; allora, non meno certamente, si allude a qualcosa di distinto dal fenomeno

statale complessivo, e cioè ad una realtà diversa da quella che si suole anche indicare con la medesima parola, come nei casi sopra ricordati.

Si può dire, anzi, che sia questa seconda realtà, quella che risulta per prima e con maggiore evidenza all'esperienza comune — acritica — di ogni uomo: il quale mille volte nel corso della propria vita si imbatte nello Stato come in qualcosa di estraneo e diverso e contrapposto a sé medesimo, sentendone il peso dei comandi e la stessa forza materiale, ed in tal modo ne avverte immediatamente la presenza, attestandone la realtà. È appunto questo aspetto del fenomeno statale, quello che viene energicamente sottolineato, fin quasi come esclusivo, dalle varie correnti dottrinali dello Stato-forza: dello Stato identificato con il potere o con il sovrano o con i governanti o dello Stato come apparato coattivo, strumento di dominazione nelle mani della classe dominante. Mentre è ad un secondo grado di esperienza, che lo stesso senso comune avverte altresì ed attesta l'altra più vasta realtà, dello Stato, cioè, come la società tutta intera, alla quale necessariamente apparteniamo, della quale siamo membri, attivi e passivi (dello Stato dunque come la nazione, di cui siamo membri). Ed è questo l'aspetto che di solito viene ampiamente svolto e teorizzato nella dottrina ufficiale, tedesca e italiana sopratutto: lo Stato come la stessa nazione politicamente organizzata, come il « gruppo di uomini conviventi (o popolo) che in un territorio determinato è sottoposto all'unità di comando di un potere sovrano ».

Non vi è pertanto un solo concetto di Stato; ma ve ne sono due, che spesso vengono tra loro confusi per l'identità del nome convenzionalmente adottato a designarli entrambi, e che è necessario invece tenere accuratamente distinti, così come del resto distinti e diversi risultano alla esperienza comune degli uomini i rispettivi fenomeni reali. In senso largo, Stato significa la società statale nel suo insieme: è la « società civile » di Hegel con in più la società politica, lo Stato politico; è l'intera società umana nella quale si attua quella che il Duguit chiama la *différentiation politique* tra governanti e governati, rientrando allora in questo largo concetto e i primi e i secondi nel loro reciproco rapporto; è « l'insieme della esistenza di un popolo », come lo chiama Marx; è la « nazione giuridicamente organizzata » della dottrina tradizionale o se si preferisce la « istituzione territoriale sovrana » della nota definizione del Romano. In un secondo senso, più ristretto e specifico, Stato signi-

fica invece il governo, l'autorità che si enuclea all'interno della società statale complessiva: indicando allora uno soltanto dei dati reali nel cui concorso si verifica storicamente il fenomeno statale (uno soltanto dei famosi « elementi costitutivi » teorizzati dalla scuola dominante), e precisamente l'elemento centrale autoritativo, intorno al quale sono concretamente raggruppati tutti gli appartenenti a quella determinata società e ai comandi del quale essi sono necessariamente sottoposti.

Stato-società, dunque, e *Stato-governo*: ossia, empiricamente, Stato come i *governanti*, e Stato come *insieme dei governanti e dei governati*.

Né si tratta, come si diceva, di una nuova « scoperta », ché anzi la distinzione ha lontane origini nella dottrina ed è stata ripetutamente presentata sotto forme diverse a secondo delle scuole e degli indirizzi rispettivi: ora muovendo dall'impostazione del problema della definizione nominale dello Stato in generale, ora piuttosto muovendo dal problema della eventuale personalità giuridica di un certo Stato determinato; a volte, per rispondere ad esigenze realistiche, nel tentativo di adeguare la teoria giuridica ai dati dell'esperienza storica concreta e alle istanze del senso comune; a volte, invece, per corrispondere ad esigenze logico-formali, eliminando certe contraddizioni rimaste insolute nell'ambito della dottrina tradizionale (6).

(6) Generalmente la distinzione tra i due concetti di Stato suole farsi risalire all'AFFOLTER [*Zur Lehre von der Persönlichkeit des Staates*, in *Arch. f. öff. Recht*, 20 (1906)], che se ne occupa peraltro ai soli fini del problema della personalità giuridica dello Stato (concludendo, com'è noto, con l'escluderne l'ammissibilità); ma un primo accenno, anche più esplicito, se ne rinviene già nello HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, I, Leipzig 1892 (Stato come *Gesamterscheinung* e Stato come insieme degli organi governativi, in contrapposto alla collettività dei sudditi). Meno noto è che anche il ROMANO, in una prima fase del suo pensiero (*La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, nel *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, diretto dall'Orlando, I, Milano 1900, p. 118 ss. e pp. 145 ss.) ebbe ad intuire la necessità logica della distinzione per affermare la « personalità di tutto quel complesso di istituti, di uffici, di funzionari, che noi con vocabolo comprensivo, abbiamo chiamato Stato », avvertendo come tale concetto, più ristretto, si differenzi da quello dello Stato, « complessivamente considerato »: nel quale rientrano allora diverse personalità, *tra cui*, appunto, quella formata « dal complesso di uffici che fanno parte della amministrazione diretta, che si suol chiamare anche Stato, semplicemente... » (dove, peraltro, il ROMANO sembra piuttosto limitare la nozione di

Di nuovo c'è soltanto che i concetti suesposti cominciano ora ad entrare con maggior decisione nella corrente letteratura giuspubblicistica, venendo persino utilizzati in manuali e trattazioni istituzionali ([7]), contrariamente a quanto si verificava, da noi, sino a una diecina di anni fa. A questo progressivo affermarsi della distinzione tra i due concetti di Stato, e i rispettivi fenomeni reali, hanno certamente contribuito fattori politici e fattori culturali che sono maturati a seguito della seconda guerra mondiale: il precipitare della crisi dello Stato nella dittatura fascista, e poi nella sconfitta e nella disgregazione politico-istituzionale del Paese ha posto indubbiamente, con l'evidenza dei fatti, l'accento sulla problematica relativa allo Stato moderno e ai rapporti tra potere politico e società, tra autorità e libertà, per l'innanzi celata tra le pieghe di una dottrina, quanto più tecnicamente raffinata, tanto più lontana dalle contraddizioni reali di una società, le cui istituzioni ne costituivano e ne costitui-

Stato in senso stretto al solo apparato amministrativo, escludendone, inesattamente, lo Stato-legislatore). Nel corso della dottrina successiva, fino a quella più recente, la distinzione riappare con maggiore evidenza e ricchezza di sviluppi, ma — come si è avvertito nel testo — sotto forme molteplici e diverse, in funzione della varietà dei criteri metodologici. Schematicamente, e restando entro il campo delle scienze giuridiche strettamente intese, troviamo, infatti: 1) teorie che affermano esplicitamente la distinzione tra lo Stato-persona e lo Stato come ordinamento (SOMLÒ, WENZEL, CAMMARATA, WOLFF, QUADRI, e ora, da noi, BALLADORE PALLIERI); 2) teorie che presentano piuttosto la distinzione tra lo Stato (sia o non persona giuridica) e l'ordinamento giuridico — s'intende, statale, ma non identificato con lo Stato in senso largo (BURCKHARDT); 3) teorie che distinguono lo Stato come fenomeno complessivo dallo Stato come persona reale, ed eventualmente giuridica (DONATI), ovvero lo Stato come persona giuridica dall'ente reale sottostante (ESPOSITO, con riferimento allo Stato e alla nazione italiana); 4) teorie in cui la distinzione è piuttosto presupposta, talvolta esplicitamente (DUGUIT, designando con la parola Stato così i detentori del potere politico, come l'intera società umana caratterizzata dalla interna differenziazione tra governanti e governati), sia, più spesso, implicitamente (SEYDEL, BORNHAK, e in genere le concezioni che identificano lo Stato con il principe o con i governanti; si pensi anche, sotto un ben diverso profilo, naturalmente, alla distinzione, che corre attraverso tutta la dottrina francese moderna, tra lo Stato e la nazione). Cfr. da ultimo, nella dottrina italiana, la perspicua e precisa impostazione del LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *Studi ec. giur. della Fac. di Giur. dell'Università di Cagliari*, XXXVI (1953).

([7]) Cfr., per esempio, BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano 1953[3]; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1952, *passim*.

scono, tuttavia, il fondamento e l'oggetto di indagine. Né sarebbe possibile sottovalutare l'influenza avuta dalla esperienza costituente, per la prima volta dispiegatasi integralmente nella nostra storia unitaria; né, sul piano culturale, l'influenza di certe tesi, almeno, del marxismo, che hanno preso a circolare in Italia tra gli uomini di pensiero delle più varie convinzioni politiche e ideologiche, specialmente attraverso la elaborazione datane da Antonio Gramsci, proprio con particolare riferimento ai rapporti Stato-società([8]).

4. Dovrebbe essere chiaro fin d'ora come la differenziazione di due concetti di Stato implichi certe necessarie conseguenze in ordine al problema, che qui interessa, della sovranità popolare. In sostanza, è tutta la teorica della cosidetta « corporazione statale » che viene posta in crisi, e con essa anche il vecchio « dogma » della esclusiva sovranità dello Stato. Quando, infatti, lo Stato si intenda in senso largo, come Stato-comunità, il popolo può apparirci ancora, sì, quale « elemento costitutivo » dello Stato medesimo, parte integrante, quindi, di esso, nel quale in certo senso si compenetra e si confonde; non più, viceversa, quando dello Stato si parli nel senso più ristretto e specifico, dianzi precisato (Stato-governo o Stato-soggetto), poiché, in tal caso il popolo si pone, invece, come collettività di soggetti *esterna* allo Stato, destinataria degli atti di esercizio della potestà di governo, nelle sue diverse manifestazioni, e — modernamente — attiva, a sua volta, *nei confronti dello Stato* (sui cui indirizzi, infatti, può in varî modi influire, talora anche con efficacia decisiva), o addirittura capace, in determinati ordinamenti, di esercitare essa stessa direttamente la suprema potestà di governo.

Di qui l'equivoco insito nel « dogma » della esclusiva sovranità dello Stato, quale appare nelle sue più comuni formulazioni; ulteriormente complicato, per giunta, dalla stessa equivocità del termine sovranità: con il quale, com'è noto, ora si intende esprimere la potestà di governo, che sarebbe appunto sovrana nel senso di suprema, ora invece la originarietà dell'ordinamento giuridico statale (e perciò, in breve: ora la qualifica di una potestà, ed ellitticamente questa stessa potestà, ora la qualifica di un ordinamento).

Infatti, quando si afferma il tradizionale principio della sovranità dello Stato, a quale concetto di Stato si vuole riferirsi ed in

([8]) Sul punto, cfr. CRISAFULLI, *Stato e società nel pensiero di Gramsci*, in *Società*, VII (1951), 4.

qual senso si assume a sua volta il concetto di sovranità? Sovrano, ed anzi solo ed esclusivo sovrano, sarebbe lo Stato-governo, oppure lo Stato come fenomeno complessivo, come popolo politicamente organizzato? (Nella quale seconda ipotesi, si badi, resterebbe ulteriormente da chiarire se sovranità stia semplicemente a significare originarietà dell'ordinamento rispettivo, oppure la potestà spettante alla comunità statale tutta intera: che sono ancora due cose ben diverse e niente affatto legate tra loro). In definitiva, stando alle applicazioni pratiche e alle conclusioni cui generalmente si perviene, non vi ha dubbio che lo Stato sovrano sia, nella dottrina tradizionale, lo Stato-persona o Stato-governo, la sovranità intendendosi allora nel senso di potestà suprema di governo (9): anzi, è proprio questa una delle ragioni solitamente addotte a giustificazione del « dogma », che, cioè, essendo la sovranità, in tale accezione, una potestà giuridica, essa abbisogna di un soggetto cui riferirsi e questo non può dunque essere che il soggetto Stato, la persona statale (ossia lo Stato-governo, precisamente). Ma, nella dottrina corrente, mancando la distinzione tra i due concetti e i rispettivi fenomeni reali compresi entrambi sotto il nome di Stato, si opera poi ad ogni passo uno scambio per cui il « dogma » si riferisce, bensì, in ultima analisi, allo Stato-governo, ma viene altresì riferito verbalmente, al tempo stesso, anche allo Stato-comunità, quindi al popolo, che sarebbe appunto sovrano in quanto organizzato a Stato, ossia in quanto identificato *tout court* con lo Stato; gli attributi, che spettano in realtà alla persona statale, divengono allora attributi del fenomeno statale complessivo, della « corporazione » statale tutta intera; così come gli interessi generali della collettività sono ipostatizzati negli interessi della persona statale, e viceversa gli interessi propri di questa altrettanto dommaticamente identificati con gli interessi generali, anzi con l'*interesse generale*.

5. Le succinte considerazioni che precedono non portano, ovviamente, ad escludere il concetto della sovranità dello Stato o ad affermare che sovrano sia soltanto e necessariamente il popolo; né

(9) La sovranità, riferita deliberatamente e con piena consapevolezza critica delle incertezze concettuali e lessicali accennate nel testo, allo Stato in senso largo, deve invece correttamente intendersi come equivalente di originarietà ossia come una qualifica dell'ordinamento giuridico statale complessivo (assumendo l'ordinamento in senso normativistico).

questo era o poteva comunque esserne l'intento. Il principio della sovranità popolare, come principio di diritto positivo, può infatti essere accolto in determinati ordinamenti, e restare viceversa assente da altri ordinamenti; così come, dal canto suo, lo stesso principio della sovranità dello Stato, presupponendo necessariamente che lo Stato sia persona giuridica, può valere in certi casi, e non anche in altri (non vale, per esempio, nel diritto pubblico britannico). Quanto si è andato osservando fin qui giova semplicemente a sgombrare il terreno dell'indagine da un pregiudizio, poiché tale è indubbiamente il famoso « dogma » della esclusiva sovranità dello Stato: storicamente condizionato al dato di ordinamenti positivi di un certo tipo, quindi sprovvisto di qualsiasi pretesa validità universale; equivoco e contraddittorio in sé stesso, quando si rifletta alla duplice accezione del nome Stato e ai varî significati del concetto di sovranità.

L'esame del problema può e deve pertanto essere ripreso sulla scorta del nostro diritto vigente, senza lasciarsi intimidire da una tradizione dottrinale, certamente autorevole, ma formatasi e sviluppatasi muovendo dal dato di altri, diversi, ordinamenti. E l'esame del problema non può non partire dalla disposizione della seconda parte dell'art. 1 della Costituzione, che troppo spesso invece viene superficialmente relegata tra le vuote enunciazioni rettoriche.

Non sembra, invece, corretto il metodo di svuotare di contenuto normativo una disposizione costituzionale, senza prima essersi seriamente impegnati nel tentativo di riconoscerle viceversa un senso preciso e una concreta rilevanza giuridica. La Costituzione è una legge, un atto normativo; si deve perciò presumere in partenza che tutte le sue disposizioni pongano norme giuridiche, e non all'opposto che siano formule puramente moralistiche, didascaliche e decorative. Relegare nel limbo la disposizione del secondo comma dell'art. 1, si potrebbe dunque soltanto in estrema ipotesi, qualora un'attenta indagine avesse dovuto convincere l'interprete della impossibilità di attribuirle un contenuto giuridico normativo.

Al riguardo, deve preliminarmente osservarsi che il dubbio potrebbe, in ipotesi, essere giustificato, se la disposizione in oggetto fosse una disposizione isolata: staccata, per dir così, dal sistema costituzionale; priva di conseguenze giuridiche e di nessi con istituti e norme di diritto positivo, o peggio ancora, contrastante addirittura (non già con un preteso « dogma », di cui si tratta invece di dimostrare la validità) ma con altre disposizioni, sicuramente normative, del medesimo testo costituzionale, da palesarsi *prima facie*

insuscettibile di spiegare quell'efficacia regolante, che, in modi e con effetti diversi, è tuttavia necessariamente propria di ogni norma giuridica.

Ma nulla di tutto questo può dirsi per il secondo comma dell'art. 1. La formulazione testuale ne è, viceversa, compiuta e perspicua quanto e forse più di quella di tante altre disposizioni generali enuncianti norme-principio. Non si esaurisce in una rettorica affermazione di sovranità popolare, ma si sofferma a precisare, alludendo e alla spettanza e all'esercizio della sovranità e determinando anche le forme e i limiti di tale esercizio: con linguaggio univoco e tecnicamente corretto. D'altro canto, la disposizione del secondo comma si integra perfettamente con quella del primo comma del medesimo art. 1: la definizione della forma di governo italiana risulta, nei suoi tratti essenziali, dall'intero contesto dell'art. 1. *Repubblica*: e questa non è una definizione dottrinale, che non implicherebbe, com'è noto, alcun carattere vincolante per l'interprete, ma ricognizione riassuntiva dell'ordinamento positivo instaurato per effetto del *referendum* istituzionale del 2 giugno e compiutamente disciplinato dalla Costituzione; forma di governo repubblicana, dunque, sottratta perfino alla revisione costituzionale (art. 139). Repubblica *democratica, fondata sul lavoro*: ecco altrettante determinazioni, anche queste niente affatto teoretiche, ma concretamente organizzative e alle quali corrispondono coerenti sviluppi istituzionali e normativi; segue, infine, nel secondo comma, l'indicazione del soggetto cui la suprema potestà di governo spetta nella titolarità e nell'esercizio, ciò che implica al tempo stesso un'ulteriore determinazione organizzativa, relativa appunto ai rapporti tra Stato-soggetto e popolo. Insomma, nelle due parti, tra loro complementari, dell'art. 1 è tassativamente definita la struttura essenziale della Repubblica italiana, sia per quanto attiene al regime economico-politico (fondata sul lavoro, democratica), sia per quanto attiene più specialmente alla forma di governo (repubblicana, democratica, fondata sulla sovranità popolare). Né va dimenticato, inoltre, che tutta una serie di disposizioni e di istituti costituzionali specifici si collegano a loro volta a tali principî fondamentali organizzativi, svolgendone le conseguenze implicite e ricevendone inversamente impronta e criterio ispiratore: dagli istituti rappresentativi, a quelli di democrazia diretta (*referendum* abrogativo e *referendum* di approvazione; *referendum* consultivo in materia di ordinamento degli enti locali); ampie libertà politiche dei cittadini, sia come singoli sia raggruppati in

partiti ed altre associazioni volontarie di varia natura; garanzie di eguaglianza sostanziale e di sicurezza sociale per i lavoratori, ecc.

In particolare, per quanto più propriamente si riferisce al principio della sovranità popolare, esso determina, nel sistema delineato nel testo costituzionale (anche prescindendo ora dagli sviluppi relativi ai partiti politici e a certe libertà politiche o politicamente rilevanti, che non sono necessariamente in funzione del principio stesso, pur ricollegandovisi in qualche modo, almeno indirettamente), l'accoglimento degli accennati istituti di democrazia diretta, concretantisi nei diversi tipi di *referendum*. Al nesso tra tali istituti e il principio della sovranità popolare si è già accennato, di passaggio, proprio all'inizio di questi appunti, e su di esso si dovrà ancora tornare più oltre (*infra*, n. 14); ma è necessario mettere bene in chiaro fin da questo momento, ai fini di una esatta valutazione dell'ordinamento costituzionale italiano, che da un lato, le varie specie di *referendum* non esauriscono, a rigor di termini, le possibilità di pratica attuazione della sovranità popolare, potendovi essere anche istituti diversi svolgenti analoga funzione (la revoca degli eletti, per esempio, ad istanza di un certo numero di elettori, oppure lo scioglimento delle assemblee a richiesta popolare); e, d'altro lato, che decisiva non è tanto la circostanza formale della presenza o meno di qualche forma di consultazione popolare diretta rientrante nello schema generale del *referendum*, quanto piuttosto il grado qualitativo e l'intensità di tale consultazione in un dato sistema costituzionale, nei confronti con le manifestazioni di volontà dello Stato-persona. Il *referendum*, cioè, in tanto deve essere messo in correlazione con il principio della sovranità popolare, rivelandone o confermandone l'accoglimento in sede di diritto positivo, in quanto attraverso di esso il popolo sia posto in grado di esprimere, nell'ambito dell'ordinamento dato, una volontà preminente, alla quale sia dunque attribuita efficacia prevalente su ogni altra e in ultima analisi decisiva. Questi caratteri, precisamente, sono propri, nella nostra Costituzione, del *referendum* abrogativo, del *referendum* di approvazione per le leggi costituzionali, e in parte dello stesso *referendum* consultivo di cui all'art. 132.

La disposizione del secondo comma dell'art. 1 si presenta perciò, già ad un primo esame, per la sua formulazione, per la sua connessione sistematica con le altre proposizioni dello stesso articolo, per le conseguenze che ne discendono nel sistema, come una disposizione di principio avente un preciso contenuto normativo.

6. Procedendo per gradi, cercheremo di fissare, nella interpretazione di tale disposizione, una serie di punti fermi, cominciando da quei pochi in ordine a cui già si sono delineate in dottrina, sia pure per accenno, posizioni abbastanza sicure o sui quali sembra comunque più agevole raccogliere il consenso degli studiosi; per giungere via via a conclusioni meno ovvie e notevolmente divergenti dalla opinione comune: le sole tuttavia, che ci sembrino scaturire legittimamente da una spassionata esegesi del testo costituzionale, nel quadro delle considerazioni preliminari, di ordine più generale, accennate nei paragrafi precedenti.

1) Sembra certo, in primo luogo, che, nell'art. 1, la sovranità è intesa nel senso di suprema potestà di governo, e non di originarietà dell'ordinamento. L'art. 1 non si occupa di definire i caratteri dell'ordinamento giuridico statale, in astratto (cosa che sarebbe stata, del resto, del tutto inutile e fuori luogo in un testo legislativo); ma di definire, in concreto, la forma di governo e il rapporto fondamentale Stato-società nella Repubblica italiana; la sovranità, di cui in esso si parla e che viene attribuita al popolo, non può essere perciò — letteralmente e logicamente — che la sovranità come potestà, spettante appunto a uno o più soggetti determinati.

2) In secondo luogo, come è stato ben rilevato in dottrina ([10]), l'art. 1 non indica nel suo secondo comma il popolo come fonte di instaurazione dell'ordinamento statale: non si riferisce alla fonte storica o ideale del potere, ma bensì alla effettiva titolarità e all'effettivo esercizio del potere medesimo. Non dice, infatti, che la sovranità *emana* dal popolo, ma che *appartiene* al popolo, « che *la esercita* nelle forme e nei limiti della Costituzione », come un potere costituito, dunque, e non già come un potere costituente o comunque preesistente all'ordinamento positivo.

3) L'art. 1 attribuisce la sovranità, così intesa, *al popolo*; e poiché, come si è rilevato in precedenza, il popolo non è lo Stato, quando questo venga in considerazione come soggetto governante, ma sta con esso in un certo rapporto che può genericamente dirsi di rappresentanza e che varia nella sua specifica configurazione col variare degli ordinamenti giuridici (*infra*, nn. 15 e 16), si rende

([10]) ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *Rass. di dir. pubbl.*, III (1948), I ed ora nel volume *La Costituzione italiana - Saggi*, Padova 1954.

ormai superfluo indugiare oltre a confutare gli indirizzi teorici per i quali la formula dell'art. 1, seconda parte, significherebbe null'altro che sovranità dello Stato.

4) Può aggiungersi, proseguendo nell'indagine, che l'art. 1 riferisce la sovranità *al popolo*, e non *alla nazione*, che pure è concetto e parola di antica tradizione in Italia (mentre della nazione si parla in altri luoghi della Costituzione: art. 9, secondo comma; art. 67; art. 98; v. anche, per il concetto degli interessi nazionali, l'art. 117, prima parte). È noto come, per talune concezioni dottrinali, la sovranità nazionale sia cosa distinta e diversa dalla sovranità popolare, così come spesso per nazione si intende un'entità diversa dal popolo, di carattere organicistico e sociologico ovvero di carattere trascendente e idealistico. A nostro avviso, la nazione si risolve giuridicamente, di regola, nel popolo, come generazione attuale dei cittadini, e sovranità nazionale significa perciò, concretamente, sovranità popolare; senza escludere peraltro che, talora, nel linguaggio politico e giuridico si voglia alludere piuttosto, parlando di interessi nazionali, di volontà nazionale e simili, a quel che di permanente e di unitario vi ha al fondo della collettività popolare([11]). Preferiamo tuttavia astenerci in questa sede, per maggiore semplicità di esposizione, dall'affrontare di proposito il problema, limitandoci ad osservare che è comunque da escludere che l'art. 1 della Costituzione, affermando l'appartenenza della sovranità al popolo, intenda riferirsi a un'astratta sovranità nazionale, intesa come « volontà generale unanime » di « adesione »([12]), o ad una illimitata potestà

([11]) In questo senso riteniamo che la parola « nazione » sia appunto adoperata in alcune disposizioni del testo costituzionale vigente: art. 9, secondo comma (« patrimonio storico e artistico della nazione »); art. 87, primo comma (il Presidente della Repubblica « rappresenta l'unità nazionale »); art. 98, primo comma (« i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione » — escludendosi, cioè, che possano servire invece gli interessi di una classe o di un partito). Nell'art. 67, viceversa, « nazione » deve intendersi come sinonimo di « popolo », se si vuol dare un senso accettabile alla norma, che istituisce il rapporto rappresentativo non tra gli eletti e il corpo elettorale, ma tra gli eletti e il popolo (inteso appunto come la nazione concretamente vivente). Secondo il LAVAGNA, invece (*op. cit.*, IV), nella terminologia della Costituzione, l'espressione « nazione » starebbe *sempre* ad indicare il popolo. In proposito cfr. anche oltre nel testo e in nota (13).

([12]) Secondo la nota concezione dell'HAURIOU (cfr. specialmente *La souveraineté nationale*, Paris 1912).

di fatto della nazione, intesa quale ente reale, trascendente il dato immediato del popolo come collettività di soggetti viventi([13]). Gli

([13]) Secondo la concezione sostenuta dall'ESPOSITO, sulla base però dell'ordinamento italiano anteriore [cfr. specialmente *Lo Stato e la Nazione Italiana*, in *Arch. di dir. pubbl.*, II (1937), 2-3]. Del resto, a giudicare dagli accenni contenuti nello scritto più recente citato qui sopra alla nota (10), sembra che oggi, movendo dal dato della nuova Costituzione, questo stesso Autore consenta, invece, nella tesi, delineata nel testo, della sovranità spettante proprio al popolo come insieme dei cittadini viventi. Nel medesimo senso, cfr. decisamente ZANGARA, *La rappresentanza istituzionale*, Padova 1952, p. 133 ss. e LAVAGNA, *op. loc. cit.*, IV, specialmente p. 54. Analoga sembra l'opinione espressa dal MORTATI, *La Costituente*, Roma 1945, p. 40 ss., criticando acutamente il principio della sovranità nazionale, quando sia costruito « sulla base di una inammissibile entificazione della nazione » ed in contrapposizione con quello della sovranità popolare (inteso, invece, come esplicazione e completamento di quest'ultima, servirebbe, secondo l'A., a mettere in rilievo talune esigenze implicite nella sovranità popolare ed anzitutto quella « dell'esistenza di un fattore spirituale di aggregazione, che nel mondo moderno è offerto dal modo nazionale », ecc.). Cfr. anche, del MORTATI, le *Istituzioni*, cit., p. 42 (intendendo il popolo, nella sua figura di elemento o presupposto dello Stato, come insieme dei cittadini), p. 66 ss. (escludendo che soggetto reale da porre a fondamento dello Stato sia la nazione e richiamandosi, invece, « ad una comunità sociale ordinata intorno a gruppi formati nel suo seno, portatori di una ideologia politica (...) e forniti di una capacità di azione, di un'effettività di potere capace di ottenere un'obbedienza media da parte dei cittadini »). Per la inesatta riduzione, però, del popolo, inteso quale potere costituito, ed anzi addirittura quale organo dello Stato-soggetto, al corpo elettorale (*Istituzioni*, p. 202 ss.) v. oltre nel testo e in nota (17). Per quanto riguarda poi il concetto qui accolto del popolo come complesso dei cittadini viventi, v. in senso contrario le considerazioni, sottili ma non persuasive, del VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano 1948, p. 92 ss., riallacciandosi in sostanza alla diffusa concezione (RANELLETTI, ROMANO) secondo la quale il popolo comprenderebbe in sé sia gli individui attualmente viventi, sia quelli vissuti in passato, sia quelli che saranno per vivere in futuro, restando il medesimo pur nel variare incessante dei suoi componenti. Non si vuol negare qui che il concetto astratto di popolo permanga unitario nell'avvicendarsi delle persone fisiche che ne fanno parte; e nemmeno che, procedendo su questa linea di astrazione, in esso rientrino le generazioni passate e quelle avvenire. Si osserva peraltro che, quando dall'astratto si passa al concreto, come necessariamente avviene ogni volta in cui si tratti di libertà, poteri, manifestazioni di volontà, decisioni « del popolo », i morti e i non ancora nati, ovviamente, non vengono in considerazione; o in altri termini ci si deve allora riferire al popolo come complesso di cittadini viventi (ossia, per ripetere le parole dello stesso VIRGA, al popolo « in senso stretto »). È questa, del resto, la concezione prevalente in dottrina, anche se, talvolta, con riferimento all'insieme degli individui sottoposti alla potestà dello

stessi rilievi accennati qui sopra, al punto 2), concorrono viceversa univocamente a concludere che, nel secondo comma dell'art. 1, sovranità popolare significa concretamente spettanza del potere supremo al popolo, al popolo vivente, risultante dal complesso dei soggetti che l'ordinamento considera appartenenti allo Stato ossia suoi cittadini [il popolo come « *universalità* dei cittadini », secondo la felice espressione, a suo luogo ricordata, della Costituzione francese del 1848([14])]: giacché non si tratta di designare, appunto, la fonte ideale del potere, ma di stabilire a chi spetti la titolarità e l'esercizio del potere supremo; non di affermare un generico consenso fondamentale della nazione al regime, ma di affermare bensì il diritto di tutti i cittadini a concorrere, direttamente o indirettamente, attraverso l'esercizio di poteri, diritti e libertà ad essi spettanti, a formare la volontà suprema governante nella Repubblica Italiana.

7. Ma, si obietta solitamente, il popolo, come tale, non è soggetto, e pertanto non può assumersi a titolare di una potestà giuridica; è soltanto nello Stato, che il popolo trova la sua espressione unitaria e la sua personificazione giuridica. L'argomento, che, tra l'altro, come si è a suo luogo rilevato, è uno dei pochissimi con cui si cerchi dalla corrente dottrina di puntellare il « dogma » della esclusiva sovranità dello Stato, conduce poi i propri sostenitori o alla generica posizione di rifiuto aprioristico di qualsiasi rilevanza giuridica dell'art. 1, seconda parte, (posizione che può ritenersi sufficientemente confutata nel corso delle considerazioni svolte nelle pagine precedenti), ovvero a più sottili sforzi interpretativi, in conseguenza dei quali la formula del secondo comma dell'art. 1 vorrebbe dire semplicemente che sovrano è lo Stato, ma « nel suo organo popolo », indicando cioè la posizione di preminenza che spetta al popolo tra gli altri organi costituzionali([15]). Soluzione, peraltro, an-

Stato (LABAND, JELLINEK, DE VALLES), altre volte invece, come sembra preferibile, all'insieme dei cittadini, ossia degli individui appartenenti allo Stato (ORLANDO, KELSEN). In quest'ultimo senso cfr. anche, con le precisazioni che si sono specificate, gli scritti, qui sopra ricordati, del MORTATI, del LAVAGNA e dello ZANGARA.

([14]) Cfr. anche l'art. 7 della Costituzione Francese del 1793: « Il popolo sovrano è l'universalità dei cittadini francesi ».

([15]) L'opinione che si critica nel testo è largamente diffusa nella nostra dottrina, sebbene attraverso varie formulazioni. Quella che si riferisce qui sopra testualmente, e che vorrebbe rappresentare l'estremo tentativo di uscire dal

ch'essa inaccettabile, e del resto già sufficientemente bizantina e contorta per non destare, anche a prima vista, seri dubbi e perplessità.

Ed infatti: Anzitutto, l'art. 1 della Costituzione non si occupa affatto degli organi dello Stato, né la sua dizione mostra comunque di riferirsi alla preminenza di un organo determinato; oggetto della norma della seconda parte dell'art. 1 è viceversa, chiarissimamente, come si è in precedenza rilevato, la posizione del popolo nell'ordinamento statale complessivo, e più particolarmente la spettanza della sovranità, in perfetta coerenza sistematica con le altre parti del medesimo art. 1 che tendono tutte a precisare la forma di governo repubblicana nei suoi elementi essenziali e indefettibili. In secondo luogo, l'uso della espressione « appartiene », riferita alla sovranità nei confronti del popolo, sarebbe, oltre tutto, grossolanamente improprio, ove al popolo-organo il testo costituzionale avesse voluto alludere, giacché, nella interpretazione che qui si critica, la sovranità *apparterrebbe* allo Stato, e il preteso organo popolo ne avrebbe soltanto *l'esercizio* (com'è appunto, notoriamente, per la dottrina comune, il caso degli organi). Infine, e da un punto di vista più generale, deve rilevarsi che di organo statale potrebbe, semmai, parlarsi a proposito del corpo elettorale, e non già del popolo: giacché, sia che esso venga considerato, secondo la dottrina tradizionale e sopra a suo luogo criticata, « elemento costitutivo », elemento personale, della persona statale, sia che venga invece inteso, come sembra più esatto, come la collettività di soggetti raccolta attorno allo Stato-soggetto, non si vede proprio a prezzo di quali contorsioni logiche del tutto gratuite una tale entità (che è poi, in fin dei conti, la sostanza viva ed ultima del fenomeno statale) possa poi ridursi ad essere, contemporaneamente, un semplice organo, fra i tanti, dello Stato-soggetto, una delle sue parti integranti, cioè: una tra le minori istituzioni particolari in cui essa si articola e del cui insieme risulta.

Ma il fatto è che, quando si definisce il popolo organo dello Stato, si scambia comunemente il popolo con il corpo elettorale, e si intende in realtà riferirsi precisamente a quest'ultimo; ed è gene-

vago e dal generico, mantenendo fermo il « dogma » della esclusiva sovranità dello Stato, pur conciliandolo con quanto è espressamente scritto nella seconda parte dell'art. 1 della Costituzione, si trova in OFFIDANI, *La capacità elettorale politica*, Torino 1953, ed è anticipata, sia pure con contorni più sfumati, dal VIRGA, *Diritto Costituzionale*, Palermo 1950, p. 18 ss.

ralmente noto, del resto, che l'identificazione (esplicita o più spesso implicita, quasi inavvertita) di popolo e corpo elettorale è molto diffusa nella dottrina, specie in tema di rappresentanza politica. L'equivoco trae indubbiamente origine dagli stessi testi costituzionali, che, fin dagli albori dello Stato moderno, riferiscono la rappresentanza politica al popolo o alla nazione, organizzandola peraltro, in concreto, in rapporto a una parte soltanto, che era inizialmente una minima parte, del popolo, vale a dire appunto al corpo elettorale, formato dei soli « cittadini attivi » secondo l'espressione famosa del Sieyés. Se si guarda agli ordinamenti costituzionali ottocenteschi, ad esempio, balza chiaramente in evidenza che, in essi, il popolo o la nazione si risolvevano in fin dei conti nel mero paese legale, e magari in un microscopico paese legale. Sta qui, a nostro avviso, uno degli elementi di *finzione* insiti nella teoria della rappresentanza politica: finzione che va attenuandosi, naturalmente, con il progressivo estendersi del suffragio, sino agli ordinamenti contemporanei a suffragio universale, in cui i diritti politici spettano indiscriminatamente a tutti i cittadini naturalmente capaci; ma senza scomparire mai del tutto, poiché, per quanto larga possa essere la composizione del corpo elettorale, resta pur sempre inevitabile un certo divario, sia pure ridotto al minimo, tra esso e il popolo tutto intero. Il collegamento tra popolo e corpo elettorale è assicurato d'altronde, negli ordinamenti più recenti e in quello italiano vigente in particolare, dal fatto che la sola condizione richiesta per essere elettori consiste nella maggiore età, di guisa che il corpo elettorale si configura come un corpo aperto ed in continua evoluzione; ed è ulteriormente rafforzato dai partiti politici, i quali, riunendo assieme nelle rispettive organizzazioni elettori e non elettori, sono strumento importantissimo di partecipazione attiva alla vita politica di tutti i cittadini, compresi quelli minori di età o comunque esclusi dal corpo elettorale.

Resta fermo, tuttavia, che il corpo elettorale, a rigor di termini, non è il popolo, neanche nei sistemi democraticamente più larghi; e pertanto il problema del rapporto tra i due termini si pone pur sempre, necessariamente, all'attenzione del giurista. Né sono mancati, in dottrina, tentativi di soluzione di tale problema: ora, costruendosi il corpo elettorale come organo rappresentativo del popolo o della nazione, ora definendosi gli elettori « i primi e necessari rappresentanti della nazione ». Ma bisogna aggiungere, per la verità, che manca generalmente un serio impegno di approfondi-

mento critico del problema([16]), che viene anzi il più delle volte addirittura ignorato o sottaciuto, come allorché si parla indifferentemente di « popolo o corpo elettorale » oppure del « popolo, organizzato come corpo elettorale », e via dicendo. Ed è oggi autorevolmente sostenuta l'opinione che il corpo elettorale sia il popolo organizzato in corpo collegiale, raccogliente la totalità dei cittadini attivi nello Stato, e che non possano intercorrere rapporti tra il corpo elettorale e il popolo come insieme dei cittadini sforniti del diritto elettorale, poiché il popolo, così inteso, non avrebbe alcun rilievo giuridico come entità a sé([17]).

Ora, ai fini della presente ricerca, interessa sopratutto mettere in evidenza che, essendo i due concetti, come i rispettivi fenomeni reali, tra loro distinti e non coincidenti, il riferimento fatto dalla seconda parte dell'art. 1 della Costituzione al popolo non può, comunque, significare riferimento al corpo elettorale. *Ad abundantiam,* potrà forse essere utile aggiungere un ulteriore chiarimento, nel senso che neanche il corpo elettorale (pur tenuto correttamente distinto dal popolo) è suscettibile di configurarsi quale organo dello Stato.

8. Per quanto concerne il primo punto, la contraria opinione, qui sopra ricordata, per cui il popolo avrebbe rilevanza giuridica soltanto in quanto organizzato in corpo elettorale, è palesemente in contrasto con taluni dati elementari del nostro ordinamento costituzionale: riconoscimento di determinati diritti politici diversi dal diritto elettorale ai cittadini in genere, e *non ai soli elettori* (diritto di associarsi in partiti politici, « per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale » — art. 49; diritto di petizione — art. 50); riconoscimento altresì, anche qui ai cittadini in genere, di certe altre libertà fondamentali, le quali, pur essendo tradizionalmente inquadrate nello stesso testo costituzionale tra le libertà civili, hanno tuttavia rilevanza propriamente politica e sono

([16]) Si vedano però, nella dottrina più recente, gli interessanti svolgimenti del MORTATI, *Istituzioni*, cit., p. 202 ss.; dello ZANGARA, *Configurazione giuridica dell'elettorato politico attivo*, in *Studi in memoria di Luigi Rossi*, Milano 1952, *passim*, ed ora del PROSPERETTI, *L'elettorato politico*, Milano 1954, p. 63 ss.

([17]) Così il MORTATI, *Istituzioni*, cit., p. 225.

funzionalmente collegate con i diritti politici in senso stretto (*infra*, n. 12).

Per quanto concerne, invece, il secondo punto (se il corpo elettorale possa, a sua volta, qualificarsi organo dello Stato), è stato già ottimamente osservato in dottrina([18]) che « ciò che si vuole, attraverso alle elezioni, è proprio che alcuni elementi dell'organizzazione statale (in ispecie le Camere rappresentative) siano formati ad opera del popolo, considerato come contrapposto alla organizzazione statale, che lo Stato cioè riceva almeno in parte la sua organizzazione dal di fuori, ad opera della volontà di un soggetto estraneo ». È vero, bensì, che potrebbe astrattamente obiettarsi come nulla vieti che tale scopo essenziale della rappresentanza politica sia invece raggiunto attraverso la predisposizione di uno speciale organo, formato dalla collettività dei cittadini dotati del diritto elettorale, realizzandosi, così, l'esigenza che lo Stato riceva direttiva dal popolo, *dal di dentro*, anziché dall'esterno; attraverso la competenza di un organo, anziché attraverso manifestazioni di volontà di un soggetto estraneo. Ma resta innegabile, a nostro avviso, che la costruzione più lineare e più strettamente aderente alle esigenze reali della rappresentanza politica, è precisamente quella che colloca il corpo elettorale esternamente allo Stato-soggetto, quale mezzo tecnico attraverso cui il popolo è abilitato a imprimere direttiva e impulso all'azione dello Stato, costituendone addirittura esso stesso (come appunto nel caso delle elezioni) uno o più organi essenziali. Si aggiunga che, ravvisando nel corpo elettorale un organo statale, si è poi costretti a complicare macchinosamente il sistema rappresentativo, poiché sarebbe necessario — accanto ed oltre al rapporto di rappresentanza tra il corpo elettorale e gli altri organi comunemente detti rappresentativi — stabilire poi un ulteriore rapporto di rappresentanza tra il preteso organo dello Stato, corpo elettorale, e il popolo. Ciò che sarebbe, oltre tutto, in contrasto con il diritto positivo, che istituisce il rapporto rappresentativo direttamente tra organi elettivi e popolo (anzi, testualmente, tra i titolari di detti organi e « la nazione »: art. 67 Costituzione; v. anche, per l'ordinamento anteriore l'art. 41 dello Statuto), e non già affatto tra organi elettivi e corpo elettorale; mentre il rapporto tra quest'ultimo e popolo, piuttosto che alla rappresentanza, si avvicina a sua

([18]) BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit., p. 76 ss.

volta al rapporto di organizzazione, il corpo elettorale configurandosi come lo strumento, creato dalla legge indipendentemente da qualsiasi intervento della volontà del preteso rappresentato, attraverso cui il popolo esplica determinate attività, che ad esso appunto vengono *direttamente* riferite.

Decisivo, infine, sembra l'argomento, già autorevolmente addotto in dottrina([19]), che la funzione elettorale non è funzione sta-

([19]) Così anzitutto il ROMANO (cfr. la formulazione più recente del suo pensiero in materia nei *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano 1947, pp. 102 e 222), che conclude ravvisando nella funzione elettorale, l'autogoverno *autarchia*, realizzandosi, attraverso l'attività del corpo elettorale, l'autogoverno o l'autarchia della nazione e quindi dei singoli che ne fanno parte, i quali perseguono interessi propri, che li riguardano in quanto cittadini. Contro la possibilità di ricorrere qui al concetto dell'autarchia, vedi ora però le considerazioni del MORTATI, *Istituzioni*, cit., p. 225, muovendo dall'esatto rilievo che nella specie (e a differenza di quanto sarebbe necessario per aversi autarchia) manca un rapporto di subordinazione del corpo elettorale nei confronti dello Stato: l'obiezione ha un peso considerevole, sebbene non sembri distinguere a sufficienza tra l'interesse primario e fondamentale perseguito dal corpo elettorale (in relazione al quale, certamente, non può parlarsi di subordinazione allo Stato-oggetto) e l'interesse statale che ad esso si aggiunge, come è accennato nel testo (in relazione al quale, invece, potrebbe anche parlarsi di una posizione di superiorità dello Stato-soggetto). Analogamente al ROMANO, escludeva pure che la funzione elettorale sia funzione statale, il PRESUTTI, *Istituzioni di diritto costituzionale*, Napoli 1922[3], p. 151 ss., giungendo alla conclusione, indubbiamente suggestiva, dell'elettorato come esercizio privato di pubbliche funzioni. Una teoria intermedia è ora autorevolmente sostenuta dal MORTATI, *op. loc. cit.*, distinguendo nel corpo elettorale una duplice figura, in relazione alle diverse attribuzioni che può essere chiamato ad esplicare, e precisamente: di organo dello Stato-soggetto, quando « appare come inserito nella struttura statale in quanto elemento necessario per la formazione degli organi statali o per la determinazione della loro volontà »; e viceversa, di « entità autonoma rispetto all'apparato statale », quando esplica attività « che o eccitano un'attività statale (...) o contraddicono e tendono a fare venir meno una decisione presa nell'esercizio dell'attività stessa » (l'esempio principale è, ovviamente, quello del *referendum* abrogativo). Tale concezione non sembra peraltro convincente, pur contenendo, con riferimento alla seconda ipotesi, un notevole e giusto riconoscimento della esteriorità del corpo elettorale rispetto alla persona statale e del contrapporsi anzi della volontà da esso manifestata a quella promanante dallo Stato attraverso i suoi organi. Sembra infatti (e tutte le considerazioni fatte nel testo vorrebbero darne dimostrazione) che, tra il caso del *referendum* abrogativo e quello dell'elezione, ad esempio, non corra più di una differenza quantitativa, di grado, ma non una diversità essenziale, che giustifichi lo sdoppiamento (invero, alquanto artificioso) del corpo elettorale in due distinte e di-

tale, pur essendo funzione pubblica: l'interesse perseguito dal corpo elettorale non è un interesse dello Stato-soggetto, ma un interesse della collettività, del popolo, e ad un tempo un interesse proprio di ciascun elettore (l'interesse a che certi organi statali siano formati in modo da esprimere la volontà popolare o in altri termini l'interesse della collettività al proprio autogoverno politico). È vero, bensì, che alla funzione elettorale inerisce anche un interesse dello Stato-soggetto (alla regolare formazione e periodica rinnovazione di certi suoi organi, ossia alla compiutezza del proprio ordinamento organizzativo), ma questo è un interesse che si aggiunge a quello, fondamentale e primario, direttamente perseguito attraverso la funzione elettorale, restandone tuttavia ben distinto([20]).

Può ritenersi pertanto, a conclusione, che il popolo come tale non è organo dello Stato né al concetto di organo intende riferirsi la seconda parte dell'art. 1 della Costituzione; che, d'altro lato, il popolo non si identifica con il corpo elettorale, e che comunque neppure il corpo elettorale si configura come organo dello Stato-soggetto. È escluso con ciò che la formula dell'art. 1 sia da intendersi come affermante semplicemente che sovrano sia lo Stato, nel suo organo popolo (o in altre parole, che il popolo, o peggio il corpo elettorale, sia l'organo supremo dello Stato). Il tentativo di riconoscere un qualche valore giuridico alla seconda parte dell'art. 1 della Costituzione, pur tenendo fermo il « dogma » della esclusiva sovranità dello Stato e in genere negando che il popolo abbia una propria rilevanza giuridica soggettiva, è quindi da considerarsi fallito.

verse figure giuridiche. Sempre, che si tratti di elezione o d'iniziativa delle leggi o di *referendum*, il corpo elettorale è lo strumento attraverso cui si dà modo al popolo di esprimere delle volontà giuridicamente rilevanti, destinate ad operare, con varia efficacia ed intensità a secondo dei casi, nei confronti dello Stato-soggetto e dei suoi organi. Concorda sostanzialmente nella critica alla opinione del MORTATI, anche il PROSPERETTI, *L'elettorato politico*, cit., p. 68 ss., ma concludendo, all'apposto della tesi accolta in queste pagine, col riconoscere al corpo elettorale natura di organo dello Stato.

([20]) In senso sostanzialmente conforme, v. già il CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris 1922, II, p. 441 ss.; cfr. ora da noi, sia pure con qualche diversità di sviluppi, i rilievi dello ZANGARA, *Elettorato*, cit., p. 643 ss.

9. Insufficiente sembra altresì — pur rappresentando indubbiamente un notevole passo avanti sulla via di una esatta sistemazione dommatica del sistema accolto nella vigente Costituzione — l'opinione, autorevolmente sostenuta([21]), che intende la sovranità popolare come limitata all'esercizio della funzione elettorale e del *referendum* e perciò concorrente, in casi determinati, con la sovranità dello Stato. Contro tale opinione (alla quale va riconosciuto per prima cosa il merito di aver superato la pretesa difficoltà rappresentata dal non avere il popolo, come tale, una propria soggettività giuridica), non valgono certamente i vecchi e triti argomenti desunti dalla pretesa (e indimostrata) indivisibilità della sovranità, quanto piuttosto e semplicemente rilievi tratti dalla stessa dizione dell'art. 1, opportunamente inquadrato nell'intero complesso dei principî affermati dalla Costituzione.

Se il secondo comma dell'art. 1 avesse voluto esprimere soltanto che la sovranità, oltre che allo Stato-soggetto, spetta *anche* al popolo, avrebbe usato una formula ovviamente diversa (avrebbe detto, più o meno, che « il popolo esercita la sovranità nei casi e nelle forme stabilite dalla Costituzione »). Si pensi, a titolo di esempio, alla dizione impiegata all'art. 102, terzo comma, a proposito della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia, o anche alla dizione dell'art. 71, secondo comma, per l'iniziativa popolare delle leggi. Viceversa, l'art. 1, secondo comma, attribuisce senza mezzi termini la sovranità — la spettanza e l'esercizio della sovranità — al popolo, non come eccezione, ma come regola, né alcun accenno si rinviene nel testo costituzionale ad una concorrente (ed anzi, secondo la tesi criticata, prevalente) sovranità dello Stato-soggetto.

È vero che l'art. 1 rinvia, per l'esercizio della sovranità popolare, alle « forme » ed ai « limiti » della Costituzione. Ma, a ben guardare, tale richiamo risulta — anche testualmente — riferito all'esercizio, e non anche alla titolarità della suprema potestà di governo; né esso mostra di alludere esclusivamente alla funzione elettorale e al *referendum* (e neanche, più largamente, ad ogni caso di esercizio *diretto* della sovranità), rivolgendosi invece a precisare che la sovranità popolare è (come si è sopra rilevato) una sovranità costituita, svolgentesi cioè nell'ambito dell'ordinamento costituzio-

([21]) BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit., p. 78 ss.

nale positivo: sia in forma diretta, sia indirettamente attraverso l'apparato organizzativo dello Stato-soggetto. Questo propriamente vuol dire, e dice molto bene, la seconda parte dell'art. 1, affermando che la sovranità *appartiene* al popolo, e che questo *la esercita* « nelle forme e nei limiti della Costituzione ». In parte, cioè, attraverso lo Stato-soggetto, che ha carattere rappresentativo del popolo (esercizio, dunque, indiretto della sovranità); in parte, invece, direttamente, attraverso la funzione elettorale, gli istituti detti infatti di democrazia diretta, e l'esplicazione delle libertà politiche e di talune libertà civili fondamentali da parte dei cittadini.

La concezione in esame, mentre dunque non è accettabile in sede di diritto positivo, sembra peraltro utilmente idonea a spiegare altri sistemi costituzionali, fondati viceversa sul principio della sovranità dello Stato o di altri soggetti diversi dal popolo, ma implicanti altresì — per ipotesi determinate, ed anzitutto di regola per la funzione elettorale — il concorso del popolo all'*esercizio* della sovranità: non come organo tra gli altri organi dello Stato-persona, ma precisamente come collettività di soggetti distinta da questo ed esplicante in proprio nome certe manifestazioni della potestà di governo ad essa costituzionalmente attribuite.

10. Ma è ormai chiaro che il vecchio argomento, cui sopra si è fatto cenno, desunto dalla mancanza di soggettività del popolo come tale deve essere superato, se non si vuole restare impantanati su posizioni pregiudizialmente negative, contrarie all'esperienza storica degli istituti e incapaci perciò di dare soluzione adeguata, sul piano della ricostruzione giuridica, ai problemi posti dalla realtà dei moderni ordinamenti politici.

Intanto, sembra fuori dubbio — ed è stato di recente messo molto bene in rilievo da un acuto scrittore ([22]) — che il popolo sia comunque una tra le numerose e varie *figure soggettive* contenute nel testo costituzionale vigente. Con questo, non si afferma ancora, beninteso, né si intende doversi in conseguenza necessariamente dimostrare, che il popolo sia un vero e proprio soggetto giuridico, stante la diversità, anch'essa efficacemente sottolineata, tra il mero soggetto lessicale delle proposizioni normative (e tale è innegabilmente il popolo nella Costituzione italiana) e il soggetto delle norme giu-

([22]) LAVAGNA, *op. loc. cit.*, IV.

ridiche. Dire che il popolo è, nell'ordinamento costituzionale vigente, una figura giuridica soggettiva, dunque, non equivale affatto a dire che è un soggetto giuridico, d'accordo; ma rappresenta già un passo innanzi più che notevole verso un definitivo superamento delle tradizionali argomentazioni ed obiezioni. Tanto più, quando si avverta che il significato che giustamente si è ritenuto di attribuire, nella ricordata concezione, alle figure giuridiche soggettive non si risolve in quello puramente e semplicemente lessicale, ma è già un significato intermedio tra quello lessicale e « quello che potrà essere ottenuto attraverso una ulteriore e più rigorosa traduzione in termini dommatici » ([23]).

In sede di teoria generale, e con riferimento perciò ben più largo che al solo diritto costituzionale italiano vigente, le figure giuridiche soggettive sono state d'altronde esattamente definite come « centri di riferimento, in quanto ricevono una qualificazione giuridica soggettiva » ([24]). E tali sono certamente, nel testo costituzionale, le collettività, ossia pluralità di individui presi e considerati, dalla norma, nel loro insieme; che poi tra queste collettività, il primo posto spetti precisamente al popolo, è altrettanto certo, in presenza dell'art. 1, seconda parte, e degli artt. 71, secondo comma, e 102, terzo comma, della Costituzione. Se si ammette, come pure sembra esatto, che il concetto di soggetto giuridico non coincide necessariamente con quello di figura giuridica soggettiva, nel primo l'imputazione essendo sempre piena, nelle altre potendo essere parziale e comunque meno piena, potrà concludersi senza eccessive difficoltà col riconoscere al popolo la qualità, appunto, di figura giuridica soggettiva ([25]), senza con ciò attribuirgli una vera e propria

([23]) *Op. loc. cit.*, I, p. 7.

([24]) GIANNINI (M. S.), *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950, p. 121.

([25]) Lo specifico riferimento fatto nel testo (come già del resto dal LAVAGNA, nello scritto più volte cit.) a disposizioni della nostra Costituzione, dalle quali con maggiore evidenza risulta il riconoscimento del popolo come di una figura giuridica soggettiva, non toglie peraltro che tale riconoscimento possa e debba valere anche in altri e diversi ordinamenti. La questione ha un aspetto formale e un aspetto sostanziale. Sotto il primo aspetto, la ricerca delle formule usate nei testi costituzionali potrà essere, a secondo dei casi, più o meno agevole, più o meno laboriosa (se prendiamo, a titolo di esempio, un testo che presenta le maggiori difficoltà formali, quale appunto lo Statuto albertino, riscontriamo tuttavia che si riesce anche qui a trovare espressioni sulle quali ap-

soggettività, che si contrapponga a quella della persona statale (e meno ancora, naturalmente — per chi distingue ulteriormente le persone giuridiche dai meri soggetti — una personalità giuridica propriamente detta).

Non si intende peraltro affermare in tal modo — conformemente ad un'opinione molto diffusa — che riconoscere al popolo, come tale, una vera soggettività giuridica sarebbe asssurdo o impossibile. L'ordinamento giuridico (ogni ordinamento giuridico) è infatti idoneo a creare, senza limiti aprioristici, le più varie specie di figure soggettive e di dar vita, tra queste, ai più diversi soggetti. Il solo limite effettivo che tale possibilità incontra, storicamente e razionalmente, è dato dagli interessi umani reali, da cui muove la norma giuridica e che essa è, per sua natura, rivolta a soddisfare: sicché la creazione di figure soggettive, ed in particolare di soggetti giuridici, non è mai, a ben guardare, gratuita o arbitraria, ma concretamente condizionata — caso per caso — dalle esigenze pratiche, dagli interesssi e dai fini che storicamente caratterizzano la sostanza di ogni ordinamento. E, nella ipotesi del popolo, in un moderno ordinamento democratico, non mancherebbero certo le ragioni giustificatrici — concretamente giustificatrici — di una tale attribuzione di soggettività, così come non mancano, *a fortiori,* le ragioni per le quali il popolo diventa, nel nostro vigente ordinamento, centro di riferimento, assumendo pertanto, come si diceva or ora, veste di figura giuridica soggettiva.

Altrettanto evidente è la realtà, per dir così, materiale o naturale, di ciò che sta dietro a questa, come ad ogni altra figura soggettiva: l'esistenza di un popolo italiano, come collettività di soggetti reciprocamente collegati ad unità — pur nelle differenze e nei contrasti degli interessi delle classi e dei gruppi in cui tale unità si articola internamente — da una serie di fattori naturali e teleologici, è un dato incontestabile per qualsiasi ordine di indagini atti-

poggiarsi nella costruzione teorica: gli artt. 24 e 41, e forse anche, secondo la nota concezione dell'ESPOSITO, in precedenza ricordata, lo stesso art. 2, per il riferimento che vi si leggeva al carattere rappresentativo della forma di governo — rappresentativo, infatti, necessariamente della nazione o del popolo...).

Sotto l'aspetto sostanziale, non sembra dubbio che il popolo sia da considerarsi sempre, modernamente, una figura giuridica soggettiva, ché anzi sta proprio qui un presupposto fondamentale di tutti gli ordinamenti costituzionali a base rappresentativa (cfr. anche oltre, nel testo, n. 14).

nenti alle scienze sociali e, prima ancora, per lo stesso senso comune. Più specialmente, guardando ai fattori teleologici, non si può non essere d'accordo con chi ha, recentemente, messo in risalto come gli interessi che uniscono tra loro i membri della collettività popolare siano, precisamente, interessi *collettivi*: ossia, non comuni o identici, ma esistenti in ciascun individuo in quanto membro del gruppo([26]). Tra questi, chiameremo *politici* quelli che presuppongono ed implicano necessariamente l'appartenenza del singolo alla collettività popolare: interessi collettivi, appunto, perché appartenenti a ciascuno proprio in quanto membro del gruppo; ma non di un qualsiasi gruppo, anche privato (nel qual caso si tratterebbe bensì di interessi genericamente collettivi, ma non anche di interessi specificamente politici), ma in quanto membro del popolo, ossia della comunità politica.

Non, dunque, in base a presunte ed inesistenti impossibilità aprioristiche di ordine concettuale, ma semplicemente perché questa sembra l'impostazione più consona all'ordinamento positivo vigente, si esclude che il popolo sia assunto nella Costituzione come vero e proprio soggetto giuridico per sé stante, e non solamente come una figura giuridica soggettiva, nel senso che si è cercato di chiarire sulla scorta di recenti dottrine. Nel nostro sistema costituzionale, infatti, la suprema potestà di governo non è attribuita al popolo come unità indivisibile, ossia come ad un unico soggetto, ma a tutti i cittadini, membri del popolo, ciascuno dei quali ha un diritto personale di parteciparvi con la propria volontà e perseguendo il proprio orientamento politico: né l'esercizio di tale suprema potestà si esaurisce sempre e soltanto in manifestazioni unitarie di volontà, spesso viceversa articolandosi in una serie di atti parziali e particolari, che in diversi modi concorrono — quali presupposti, momenti preparatori e momenti costitutivi — alla formazione, all'esplicazione ed all'attuazione della potestà medesima, unitariamente considerata (sovranità popolare)([27]).

([26]) LAVAGNA, *op. loc. cit.*, IV (specialmente p. 51).

([27]) Cfr. ottimamente ESPOSITO, *Commento all'art. 1*, cit., p. 10 del vol. cit. alla nota (10), intendendo compreso nell'esercizio della sovranità spettante al popolo « che esso possa riunirsi e formare associazioni per discutere liberamente ogni atto dei governanti, possa iscriversi a partiti che influiscono sulle direttive di vita dello Stato, e che esista libertà di stampa e libere elezioni degli organi del governo... ». In questo senso, meriterebbe di essere ri-

11. Giova a questo punto rilevare come il popolo, modernamente, non sia affatto una massa indifferenziata e disorganizzata di individui, meramente giustapposti gli uni accanto agli altri. Al contrario, esso si presenta sempre, sia pure con differenze anche notevoli ma esclusivamente quantitative, organizzato in formazioni particolari, anche indipendentemente e al di fuori del corpo elettorale.

Tra queste formazioni, alcune sono di origine *volontaria*, come tipicamente i partiti politici, le associazioni sindacali, le organizzazioni di orientamento confessionale, le leghe e le cooperative e via dicendo, sino a giungere a formazioni che non hanno addirittura, a prima vista, alcun carattere politico, e tuttavia esplicano anch'esse, indirettamente, una influenza talvolta sensibile sulla formazione degli indirizzi politici popolari; altre invece sono prestabilite e create dall'ordinamento statale, sono cioè di origine *legale*, com'è appunto il caso del corpo elettorale. E lo stesso corpo elettorale si configura a sua volta, nel suo interno, articolato in una serie di minori organi parziali e particolari: i collegi, le circoscrizioni, i gruppi di lista, i gruppi di elettori autorizzati ad assumere determinate iniziative (cinquantamila, per l'iniziativa legislativa; cinquecentomila, per la richiesta del *referendum*). Né vanno dimenticati i molteplici organismi politico-territoriali ed amministrativi, costituiti o riconosciuti e regolati dall'ordinamento statale (dai Comuni alle Provincie alle Regioni), che rappresentano anch'essi altrettante forme di organizzazione del popolo, aventi di solito natura mista, per il concorso di fattori naturali o spontanei e di fattori legali nella loro origine e nel loro esistere([28]). L'attribuzione, nel vigente ordinamen-

preso e sviluppato lo spunto del BARILE (P.), *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova 1953, p. 11, circa quella ampia sfera di « autonomia privata nel diritto costituzionale » che deriva appunto dall'essere affidato l'esercizio della sovranità ai soggetti privati persone fisiche (ossia, « a ciascun cittadino, come singolo e come membro di un partito politico o di altra associazione permanente o contingente avente un peso politico... »): opinione che potrebbe ricollegarsi, sotto un certo aspetto, alla dottrina, ricordata qui sopra in nota (19), del PRESUTTI, sull'elettorato come esercizio privato di pubbliche funzioni. Sempre nel medesimo senso, dovrebbero essere riprese anche le interessanti considerazioni dello ZANGARA, *Elettorato*, cit., *passim* e sopratutto pp. 431, 434, 441, estendendone la portata dai soli diritti politici in senso stretto, cui questo autore sembra esclusivamente riferirsi, anche a certi diritti civili politicamente rilevanti, secondo i rilievi che saranno accennati qui appresso nel testo al n. 12.

([28]) Il discorso dovrebbe anzi allargarsi, con alcuni adattamenti, anche a

to costituzionale, agli enti regionali di certe potestà, destinate a incidere sugli indirizzi e sulla attività dello Stato, del tutto identiche a quelle parimenti attribuite a gruppi di elettori (iniziativa delle leggi, richiesta del *referendum*) sembra, anzi, tale da scolpire nel modo più evidente l'analogia che, dal punto di vista che qui interessa, avvicina tra loro tutte queste varie forme strutturali di organizzazione della collettività popolare, pur diverse, indubbiamente, sotto altri aspetti di non minor rilievo ([29]).

Per quanto concerne in particolare le formazioni esclusivamente *volontarie*, può sembrare a prima vista che il popolo sia in esse organizzato soltanto nella fase più recente di sviluppo dello Stato moderno, poiché sia il movimento sindacale sia specialmente i partiti politici soltanto da alcuni decenni hanno raggiunto una vera consistenza ed ossatura organizzativa. Ma il rilievo sarebbe solo parzialmente esatto, giacché, in realtà, anche nel periodo antecedente il popolo si presentava organizzato in formazioni volontarie: solo che, allora, il fenomeno era limitato in estensione, verificandosi esclusivamente o quasi in seno agli strati politicamente attivi, che erano praticamente una minoranza. Da questo punto di vista, potrebbe anzi notarsi un parallelismo di sviluppo, che è concretamente un reciproco condizionarsi, tra l'allargamento progressivo dell'organizzazione legale del popolo, ed essenzialmente del suffragio elettorale, e l'estendersi delle formazioni volontarie a strati sociali sempre più ampî e diversi, sino a giungere alla struttura riccamente articolata e complessa del popolo negli Stati contemporanei.

Per quanto più particolarmente riguarda, invece, l'organizzazione *legale* del popolo, è chiaro come l'aspetto di gran lunga più importante, e praticamente imprescindibile ai fini che qui interessano, sia dato dalla costituzione del corpo elettorale con le relative ulteriori implicazioni strutturali. Mentre, infatti, le altre forme di organizzazione in tutto o in parte legale della collettività popolare, sopra sommariamente ricordate, rispondono essenzialmente ad esi-

certi enti pubblici non territoriali, i quali pure rappresentano, in sostanza, altrettante forme di organizzazione (alle quali concorrono, anche qui, fattori spontanei e fattori legali) di determinate collettività comprese nel popolo: si pensi, a titolo di esempio, alle associazioni combattentistiche e partigiane cui è conferita la personalità giuridica pubblica, ecc.

([29]) CRISAFULLI, *Le funzioni « costituzionali » delle Regioni*, in *Corr. Amm.*, 1949, p. 15-16.

genze di natura diversa, il corpo elettorale è invece originariamente ed esclusivamente rivolto proprio al fine specifico di dar modo al popolo, o ad una parte di esso, di manifestare una propria volonta unitaria politicamente qualificata, influente o determinante, a seconda dei sistemi, sugli indirizzi politici dell'organizzazione statale vera e propria.

L'intervento dell'ordinamento statale per organizzare il corpo elettorale si verifica, perciò, notoriamente, con il primo affermarsi delle forme di governo moderne; non è dunque in correlazione necessaria con il principio della sovranità popolare, quale principio di diritto positivo cui sia effettivamente informata l'organizzazione costituzionale([30]), ma semplicemente e più genericamente con il concetto e gli istituti della rappresentanza politica, configurandosi tuttavia, quando e dove il sistema costituzionale concretamente accoglie il principio della sovranità popolare, come uno tra i mezzi principali di manifestazione di questa. Sia che si tratti di predisporre uno strumento di esplicazione della sovranità popolare, o invece uno strumento di partecipazione del popolo all'esercizio della sovranità, spettante allo Stato-persona o ad altri soggetti, o, infine, meno ancora, di attuare un sistema rappresentativo — anche ristretto — affidando la formazione di uno o più organi dello Stato al popolo o ad una sua parte, l'esigenza tecnico-giuridica cui risponde la creazione del corpo elettorale è sempre la stessa: trarre dal popolo, o poter attribuire al popolo, una volontà unitaria, che si sovrapponga e s'imponga in definitiva alla molteplicità delle volontà particolari dei soggetti che ne fanno parte e delle formazioni volontarie in cui essi variamente si raggruppano. Si comprende pertanto come sia al corpo elettorale che si ricorre, anche al di fuori della funzione elettorale, ogni volta in cui sia necessario ottenere una tale manifestazione unitaria di volontà imputabile al popolo nel suo insieme: così appunto, nel diritto italiano vigente, per il *referendum* abrogativo,

([30]) Come si avrà occasione di precisare a suo luogo (*infra*, n. 14), infatti, ciò che differenzia taluni ordinamenti costituzionali, tra cui l'ordinamento risultante dalla Costituzione italiana del 1947, rispetto ad altri è l'adozione della sovranità popolare come *effettivo* principio di organizzazione dello Stato, dal quale discendano e al quale possano collegarsi determinati istituti di diritto positivo. Mentre, in una accezione più lata, e, se si vuole, anche generica, l'idea della sovranità popolare è da ritenersi *sempre* implicita, quanto meno quale presupposto ideologico o addirittura quale remoto substrato storico-politico, in *tutti* gli ordinamenti statali del tipo moderno rappresentativo.

concretante esercizio diretto della funzione legislativa da parte del popolo, per il *referendum* di approvazione in materia costituzionale e infine per il *referendum* consultivo in materia di ordinamento degli enti locali.

Talvolta, questa volontà unitaria espressa dal corpo elettorale è poi, in concreto, volontà della maggioranza, secondo i criteri che valgono per gli organi collegiali in genere, e ad essa concorrono, positivamente o negativamente, tutti gli elettori, nell'esercizio del diritto di voto, a ciascuno di essi singolarmente attribuito ([31]). Altre volte, invece, il procedimento di unificazione delle manifestazioni di volontà del corpo elettorale è più complesso e non pare suscettibile di essere ricondotto, altro che in termini molto generali e schematici e comunque solo limitatamente al risultato finale della elezione, al criterio maggioritario ([32]). La volontà legalmente manifestata dagli elettori vale, dunque, come volontà del corpo elettorale; e la volontà del corpo elettorale vale, a sua volta, come volontà del popolo nel suo complesso. Risulta in tal modo confermata, a quanto sembra, l'esattezza della opinione, in precedenza accennata (sopra, n. 8), che riconosce al corpo elettorale natura di organo del popolo e non già di organo dello Stato-persona. Organo collegiale *sui generis*, precisamente, i cui atti vengono, dall'ordinamento, immediatamente e direttamente riferiti al popolo, come se fossero da questo posti in essere; né costituisce ostacolo a tale concezione la circostanza che, indubbiamente, la figura giuridica dell'organo è stata dapprima e prevalentemente elaborata in dottrina con riguardo alle persone giuridiche: poiché, da un lato, anche il popolo, come abbiamo visto, pur senza essere persona giuridica o soggetto vero e proprio, riceve tuttavia, nel sistema vigente e in generale nei sistemi rappresentativi, una propria qualificazione giuridica soggettiva; mentre, d'altro lato,

([31]) È il caso del *referendum* ed anche delle elezioni nei sistemi puramente maggioritari.

([32]) È il caso, invece, delle elezioni nei sistemi proporzionalistici: dove, per quanto riguarda la funzione di scelta dell'indirizzo politico, che è quella di gran lunga prevalente, è escluso, di regola, che si possa fare riferimento ad una pretesa, ed in realtà insussistente, volontà della maggioranza, l'ordinamento giuridico conferendo viceversa rilevanza determinante a singole manifestazioni parziali e differenziate di volontà politica, espresse da gruppi più o meno numerosi di elettori; mentre può ancora sostenersi che il risultato finale della elezione — ossia quella certa composizione politica dell'organo derivante dall'elezione — sia da attribuirsi alla maggioranza del corpo elettorale.

l'esigenza pratica cui risponde la nozione dell'organo rimane la stessa, sia che si tratti di dare ad un soggetto la possibilità di esplicare un'attività giuridica ad esso imputabile, sia che si tratti invece di dare questa medesima possibilità ad una collettività di soggetti, altrettanto priva, per sua natura, di una propria capacità psichica unitaria.

12. Anche attraverso il riconoscimento ai cittadini di talune libertà fondamentali, l'ordinamento statale perviene inoltre ad organizzare politicamente il popolo, e quindi, nei sistemi basati sulla sovranità popolare, a costituire ulteriori modi di esplicazione di questa: non più in forma unitaria, stavolta, ma bensì in forma di atti singoli e particolari, teoricamente imputabili a ciascun cittadino, in quanto membro del popolo e perseguente un interesse politico, nel senso che si è cercato brevemente di precisare qui sopra al n. 10.

Da questo punto di vista, meno consueto, dovrebbero essere ripresi in esame, come si è in precedenza accennato, oltre ai diritti politici in senso stretto, anche certi altri diritti di libertà che presentano omogeneità di caratteri con quelli.

Tra i primi, il caso del diritto elettorale è talmente evidente che non richiede delucidazioni, strettamente connesso qual è con la struttura e con il funzionamento del corpo elettorale. Lo stesso dicasi, nell'ordinamento italiano vigente, per il diritto di partecipare al *referendum* (abrogativo, di approvazione, consultivo) nonché per il diritto di chiedere il *referendum*; lo stesso, per il diritto di ogni elettore di concorrere all'esercizio dell'iniziativa legislativa popolare. Non meno certa è la rilevanza, ai fini della organizzazione politica della collettività e del concreto esercizio della sovranità popolare, del diritto di petizione e del diritto di associarsi liberamente in partiti politici: per quest'ultima, anzi, il carattere funzionale rispetto alla esplicazione da parte del popolo di una volontà politicamente qualificata e giuridicamente rilevante, risulta quasi testualmente dalla stessa dizione dell'art. 49 della Costituzione (« concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale »); mentre, per il diritto di petizione, è istruttivo nel medesimo senso il riferimento alle « comuni necessità » che leggesi nell'art. 50 C. e che scolpisce efficacemente la natura collettiva dell'interesse che il singolo od i singoli fanno valere attraverso l'esercizio del diritto di petizione.

Ma aspetti analoghi si riscontrano, a ben guardare, in quei diritti di libertà non classificabili propriamente tra i diritti politici, ma a questi strettamente collegati, cui si è poc'anzi fatto cenno (v. anche sopra, n. 8). Libertà di riunione e libertà di associazione, anzitutto (della quale ultima, d'altronde, il diritto politico di associarsi in partiti rappresenta una determinata specificazione, che la Costituzione regola a parte; così come regola a parte, tra le libertà economiche, la libertà di associazione sindacale): collocate bensì, nella topografia del testo costituzionale, tra le libertà civili, ma riservate testualmente, a differenza dalle altre libertà civili, ai soli « cittadini », anziché essere, come quelle, attribuite universalmente a « tutti »; e, sul medesimo piano e per identiche ragioni di fondo, la libertà di manifestazione del pensiero, in tutte le sue forme, ma particolarmente la libertà di stampa. Che si tratti, a differenza dai diritti politici in senso stretto, di manifestazioni essenziali della personalità umana, resta vero, storicamente e sistematicamente; ma è anche vero, a nostro avviso, che, sotto molteplici aspetti sostanziali, le libertà civili di cui si fa parola sono assai più vicine a quelle annoverate tra le libertà politiche, anziché ad altre libertà civili insieme alle quali sono tradizionalmente ricomprese e previste dal testo costituzionale vigente. Si guardi specialmente alla natura dell'interesse assunto ad oggetto di tutela costituzionale, nelle diverse ipotesi: interesse essenzialmente individuale, esclusivamente proprio del singolo soggetto, anzi, nella libertà personale, nella libertà di domicilio, nel segreto epistolare, nella libertà di circolazione e di soggiorno, ecc.; interesse individuale, bensì, ma, in moltissimi casi, al tempo stesso collettivo, e collettivo-politico, proprio cioè del singolo in quanto membro della collettività popolare, nelle libertà di stampa, di riunione, di associazione: similmente, allora, a quanto si riscontra per i diritti politici propriamente detti, dal diritto elettorale al diritto di petizione al diritto di associarsi in partiti. Certo, una differenza permane tuttavia tra questi ultimi e quei diritti di libertà che occupano una posizione intermedia tra le libertà civili e le politiche: giacché, nei primi, l'interesse protetto dalla norma è *sempre*, originariamente e necessariamente, un interesse collettivo, proprio di ciascun cittadino in quanto tale (un interesse politico), mentre, nei secondi, l'interesse *può* essere (e di fatto, specie modernamente, è il più delle volte) della medesima natura, ma può anche essere meramente individuale, e più spesso collettivo-privato o di categoria o comunque non politico, perché non

inerente alla posizione di membro della collettività popolare del cittadino, titolare del rispettivo diritto di libertà costituzionalmente garantito.

Aver fissato questo punto, concernente l'analogia tra certi diritti di libertà civile e i diritti politici, è peraltro sufficiente ai fini che qui interessano: tanto più, ove si rifletta anche al carattere collettivo che contrassegna l'esercizio delle libertà civili in parola (al pari di quelle politiche in senso stretto e diversamente da altri diritti di libertà civile): necessariamente, per le libertà di riunione e di associazione, e come regola (che, nell'età contemporanea, può dirsi senza eccezioni) per la stessa libertà di stampa. È da aggiungere, infine, il rilievo del nesso funzionale che unisce tali libertà ai diritti politici, a cominciare dal diritto elettorale. Quale significato avrebbe mai, infatti, l'esercizio del diritto di associarsi in partiti, se questi poi non potessero avvalersi delle libertà di riunione e di stampa, per diffondere le proprie tesi e i propri programmi rispettivi, per fare propaganda, per allargare la cerchia degli iscritti e dei simpatizzanti?... E a che cosa si ridurrebbero il diritto elettorale, il diritto di *referendum* e di iniziativa legislativa, senza libertà di stampa, di riunione, di associazione?... Lo stesso diritto di petizione, che astrattamente è configurabile anche in forma esclusivamente individuale, in pratica peraltro, avendo ad oggetto la richiesta di provvedimenti legislativi o la esposizione di « comuni necessità », assume quasi necessariamente forme collettive di esercizio e presuppone quindi a sua volta la garanzia e la concreta possibilità di esercizio delle accennate libertà fondamentali.

13. Un esame a parte, che qui verrà soltanto accennato di scorcio, meritano poi, sempre dal punto di vista della organizzazione della collettività popolare e della sovranità popolare, talune libertà economiche, previste dal testo costituzionale sotto il titolo dedicato, appunto, ai « rapporti economici »: essenzialmente e con maggior rilievo, la libertà di associazione sindacale (art. 39) e il diritto di sciopero (art. 40), senza escludere che considerazioni analoghe possano farsi anche per altre ipotesi, e specialmente per il diritto dei lavoratori a collaborare alla gestione delle aziende, di cui all'art. 46.

A prescindere dalla caratteristica più evidente ed esteriore di tali libertà, esercitabili soltanto in modo collettivo, è da rilevare anzitutto, sia per la libertà di associazione sindacale sia per il

diritto di sciopero, come l'interesse rispettivamente assunto ad oggetto della norma costituzionale sia, in entrambi i casi, un interesse di classe o di categoria (eguale, cioè, in ciascun individuo che si trovi nelle medesime condizioni in seno alla società civile); nel primo caso, della libertà sindacale, a questo interesse fondamentale si aggiunge poi un interesse collettivo, proprio cioè di ogni individuo in quanto membro del gruppo associativo sindacale([33]). Comunque, l'interesse primario costituzionalmente tutelato, mentre ha certamente natura diversa dagli interessi che stanno a base delle libertà civili tradizionali ed esclusivamente individuali, differisce altresì, in sé e per sé, dall'interesse politico, che costituisce l'essenza delle libertà politiche propriamente dette. Non vi ha dubbio, tuttavia, che la libertà sindacale dia luogo, nella concreta esperienza storica, a una forma di organizzazione del popolo, muovente dalla base immediata dei diversi e contrastanti interessi di classe e di categoria, la quale assume rilevanza politica per l'innegabile influenza che il peso delle organizzazioni professionali esercita sugli orientamenti politici popolari e quindi, mediatamente, sugli indirizzi politici e sull'attività dell'organizzazione statale (e sotto questo aspetto, si era infatti già sopra accennato alle associazioni sindacali tra le varie forme volontarie di organizzazione del popolo).

Ma la stessa libertà sindacale nonché il diritto di sciopero acquistano inoltre un particolare significato politico, incidendo proprio sul contenuto e sulle articolazioni strutturali della sovranità popolare, quando siano opportunamente studiati nel quadro del sistema a « regime misto », che la Costituzione intendeva instaurare ed ampiamente disciplina attraverso numerose sue disposizioni. Decisiva è al riguardo, più ancora che la definizione della Repubblica « fondata sul lavoro » di cui all'art. 1, la norma della seconda parte dell'art. 3, per la quale « è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori alla organizzazione politica economica e sociale del Paese ». Ciò significa che, nella vigente Costituzione italiana, le cosidette libertà economiche si configurano, non come fine a sé stesse o comunque esaurentisi nell'ambito meramente economico, ma quali componenti

([33]) LAVAGNA, *op. loc. cit.*, IV, specialmente p. 61.

essenziali della libertà umana, collegandosi perciò funzionalmente alle libertà civili e alle stesse libertà politiche vere e proprie.

La Costituzione, infatti, staccandosi nettamente dallo schema ottocentesco, ha inteso fondare la democrazia politica sulla democrazia economica, assumendo i valori centrali della libertà e della dignità umana con riferimento all'uomo intero, persona privata e cittadino — all'uomo concreto, insomma, e concretamente condizionato dalla sua situazione reale in seno alla società civile. In altri termini: laddove le vecchie Costituzioni a regime liberale borghese puro, anche se democraticamente avanzate e fondate sul principio della sovranità popolare, si disinteressavano poi — e proprio in linea di principio — dell'effettivo contenuto della « volontà popolare », ignorando deliberatamente le differenze di classe persistenti dietro l'astratta eguaglianza « dinanzi alla legge », la vigente Costituzione, invece, parte dal riconoscimento dell'esistenza di tali differenze e delle conseguenze impeditive e limitative che ne derivano ai fini di una struttura concretamente democratica della comunità statale, proponendosi solennemente di rimuoverne le cause « di ordine economico e sociale » ([34]).

Alla stregua di tali considerazioni, sembra potersi affermare che l'interesse primario immediatamente tutelato dalla norma costituzionale nelle libertà di associazione sindacale e di sciopero — interesse, come si è precisato, indubbiamente di classe o di categoria — finisce con l'atteggiarsi poi come momento costitutivo preliminare di un interesse, invece, propriamente politico, di ciascun lavoratore in quanto membro della comunità popolare ossia *in quanto cittadino*. L'interesse, cioè, a determinare, attraverso il soddisfacimento immediato di certe esigenze economiche, condizioni tali da eliminare o quanto meno ridurre progressivamente il peso *politico* del privilegio, così da consentire ai cittadini-lavoratori una *effettiva* partecipazione, in condizioni di reale parità, alla formazione ed all'esercizio della sovranità popolare, come concreta volontà governante ([35]).

14. Lo strumento maggiore predisposto dall'ordinamento giuridico per l'esercizio in forma unitaria della sovranità popolare, re-

([34]) Per un tentativo di più esauriente dimostrazione, cfr. CRISAFULLI, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Il Dir. del lav.*, 1954, n. 3-4, e *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *Riv. giur. del lav.*, 1954, n. 2.

([35]) Cfr. anche oltre nel testo, n. 17.

sta tuttavia lo Stato-soggetto, avente carattere rappresentativo del popolo e strutturato in modo tale da esprimere quanto più è possibile, nella propria attività, gli orientamenti politici prevalenti nel popolo.

Come si è in precedenza ricordato (sopra, n. 2), il passaggio al cosidetto Stato moderno si sostanzia, politicamente, nell'avvento della nazione sovrana, ossia, in concreto, del popolo sovrano, in luogo del principe sovrano; sul piano tecnico-giuridico, e specialmente delle ideologie giuridiche, peraltro, il fenomeno si presenta invece, molto spesso, come il subentrare dello Stato-persona, sovrano, al sovrano persona fisica dei precedenti ordinamenti (fa eccezione la Gran Bretagna, dove non si giunge mai, per quel che sembra, al concetto della personalità giuridica statale). Ma i due aspetti del fenomeno, e pertanto del nuovo tipo di ordinamento, sono fin dagli inizi mediati dal carattere *rappresentativo*, che è proprio, originariamente, dello Stato moderno. Questo sorge, infatti, come Stato rappresentativo, ponendosi quale espressione giuridico-istituzionale unitaria dell'intera nazione o popolo; identificandosi anzi, addirittura, in alcuni indirizzi ideologici e dottrinali che si sono qui sopra criticati a suo luogo, con il popolo o la nazione. Alla stregua di quanto siamo venuti osservando fin qui, la situazione determinatasi con l'instaurazione dello Stato moderno può quindi esattamente esprimersi, in breve, dicendo che lo Stato *non è il popolo*, ma *lo rappresenta* nel mondo del diritto (con riserva di esaminare più particolarmente di quale forma di rappresentanza si tratti, e se eventualmente, in talune ipotesi, non si abbia invece sostituzione).

S'intende, però, che in tanto lo Stato moderno può dirsi realmente rappresentativo, in quanto esso sia organizzato in modo da dar vita ad un collegamento stabile ed efficiente tra lo Stato medesimo e la collettività popolare: in quanto, cioè, sia dato rinvenire nella struttura di esso uno o più organi appositi, destinati specificamente a rappresentare il popolo (organi che esistono infatti storicamente in tutti gli Stati moderni e che sono, di regola, formati mediante elezione dei loro titolari). Il carattere rappresentativo dello Stato moderno può dunque essere una mera finzione giuridica, nell'ipotesi che lo Stato manchi di tali organi appositi, oppure che questi vi siano ma non abbiano poteri determinanti; ed un largo margine di finzione sussiste altresì quando, pur ricorrendo tali condizioni essenziali, l'ordinamento giuridico discrimini poi i cittadini in attivi e passivi, in base a criteri politici o di classe, attribuendo i diritti

politici a una ristretta aliquota di privilegiati. La finzione viceversa si attenua, sin *quasi* a scomparire del tutto, quando: *a*) lo Stato sia fornito di detti organi; *b*) questi abbiano poteri determinanti; *c*) i diritti politici spettino a tutti i cittadini naturalmente capaci; *d*) sia garantita nel modo più ampio la libertà dei partiti politici ed esistano, in fatto, le condizioni concrete di una organizzazione dei partiti stessi, tale da inquadrare la maggioranza della popolazione attiva, realizzando una effettiva saldatura tra gli elettori e le masse dei non elettori (cfr. anche sopra, n. 7).

Comunque, il presupposto comune di ogni ordinamento rappresentativo resta sempre l'idea, sia pure generica, di una spettanza, quanto meno originaria e metagiuridica, della sovranità al popolo: che lo Stato abbia per sua propria natura il compito di farne le veci, di curarne gli interessi, di attuarne la volontà e le esigenze — che insomma lo Stato sia essenzialmente *per il popolo*, a servizio del popolo. È per questa ragione storica, infatti, ossia proprio in omaggio a questa ideologia politica, che lo Stato moderno si afferma sempre come Stato rappresentativo, con implicita necessaria allusione, quindi, alla riconosciuta preminenza del popolo, al porsi del popolo quale massimo protagonista delle moderne istituzioni politiche e del loro concreto dispiegarsi nella storia.

Dipende poi dal grado di sviluppo raggiunto dalle forze politiche in una determinata società, dalla effettiva capacità dei gruppi dominanti di assolvere al ruolo di « classe generale » o dalla forza della pressione democratica che i gruppi soggetti sono suscettibili di spiegare per inserirsi concretamente nel sistema costituzionale, limitando o controllando i gruppi dominanti, se l'idea più generale e magari generica della sovranità popolare assuma i contorni di una vera e propria ideologia politica, diffusa nella pubblica opinione e capace di influenzare ed orientare il movimento politico reale; fino ad acquistare rilevanza propriamente giuridica, traducendosi in un principio costituzionale di struttura di certi tipi di ordinamenti statali. I quali, allora, si evolvono verso forme non più soltanto rappresentative, sia accogliendo istituti del tipo del *referendum*, sia correggendo altrimenti il sistema rappresentativo, in modo da assicurare, in questa o in quella forma, la preminenza della volontà direttamente espressa dal popolo, di solito attraverso il corpo elettorale (cfr. sopra, n. 5). Non sempre né necessariamente il principio della sovranità popolare è formulato nei testi costituzionali, né d'altronde ciò sarebbe da solo sufficiente; talvolta addirittura, come

sembra sia il caso dell'Inghilterra, si rispettano esteriormente tutte le forme tradizionali di un sistema esclusivamente rappresentativo, attribuendosi però, nella pratica e nella coscienza politica del Paese, alle stesse consultazioni elettorali anche il senso e il valore di una vera e propria decisione popolare diretta, concretamente vincolante e inappellabile, sugli indirizzi politici governativi... Vi è insomma, storicamente, una gamma di sfumature, che rende per forza di cose astratto e troppo rigido qualsiasi tentativo di classificazione muovente dal criterio dell'accoglimento o meno del principio della sovranità popolare.

15. Con questa riserva di ordine generale, i diversi tipi di ordinamento a base rappresentativa ([36]) possono raggrupparsi schematicamente in tre grandi categorie:

1) Ordinamenti in cui lo Stato-soggetto sostituisce interamente e permanentemente il popolo, configurandosi, dal punto di vista giuridico, come *il solo ed esclusivo titolare della sovranità* (intesa comprensivamente della potestà costituente e della potestà di governo costituita). Sono quelli dai quali esula qualsiasi riferimento in sede di diritto positivo al principio della sovranità popolare, nei quali cioè l'identificazione Stato-popolo è postulata senza residui. Questo tipo di ordinamento (di cui un esempio preciso era dato dallo Statuto albertino, analogamente alle Carte costituzionali del periodo della Restaurazione) corrisponde evidentemente a sistemi politici più arretrati dal punto di vista democratico: nei quali il potere è esclusivamente nelle mani di ristretti gruppi dirigenti, cui manca la capacità di affermarsi realmente in « classe generale » o, in altri termini, di esercitare una larga azione di direzione politica sulla intera nazione (egemonia), e a tale posizione di privilegio politico

([36]) Ci limitiamo, beninteso, agli ordinamenti rientranti nella figura più generale del cosidetto Stato moderno o Stato di diritto [« Stato di democrazia classica », lo chiama il BISCARETTI DI RUFFIA, nel giusto intento di ricomprendervi tutte le varianti venutesi successivamente determinando nel corso dell'evoluzione storica rispetto al modello originario ottocentesco: cfr. *Le tre « forme di Stato » dell'età contemporanea*, in *Il Politico*, XVIII (1951), 2°, e *Diritto costituzionale*, Napoli 1954[3], p. 148 ss.]. Restano perciò fuori dell'ambito delle presenti considerazioni gli ordinamenti statali di tipo socialista, per i quali i problemi della sovranità popolare e della rappresentanza politica si pongono in termini diversi, che sarebbe vano voler indicare di scorcio e senza specifica indagine.

non si contrappone ancora una sufficiente pressione democratica dei gruppi popolari subordinati. In queste condizioni storiche, è logico che l'idea originaria della sovranità spettante al popolo venga svuotata di ogni contenuto concreto, scolorita nei suoi lineamenti essenziali e relegata tra i miti inutilizzabili perché pericolosi, mentre all'inverso viene portato a fondo il tentativo di risolvere la viva e concreta realtà del popolo nella immobile maestà dello Stato sovrano, personificazione giuridica astratta del popolo, cui si nega altra rilevanza per il diritto che non sia quella di « elemento costitutivo » dello Stato. E l'assenza, dagli ordinamenti considerati, del principio della sovranità popolare non conduce soltanto, come è ovvio, a immobilizzare le istituzioni democratiche, più o meno sviluppate che siano, nei limiti delle forme puramente rappresentative; ma esplica un'influenza anche nel corso della ulteriore evoluzione in senso parlamentare dei rispettivi ordinamenti costituzionali, contribuendo a determinare quella prevalenza, almeno di fatto, dell'esecutivo sulle assemblee elettive che ne caratterizza storicamente il funzionamento effettivo. Teoricamente, il popolo si risolve nello Stato sovrano, che lo rappresenta, sta bene; ma, nell'opinione pubblica, Stato finisce poi, quasi inavvertitamente, per significare il Governo (in senso stretto), ossia l'esecutivo nei suoi organi supremi, che non sono affatto quelli specificamente e direttamente rappresentativi (37).

In termini volutamente generici, possiamo dire che, nell'ipotesi in esame, la rappresentanza del popolo da parte dello Stato è una

(37) Diceva bene il ROSSI, criticando la dottrina tradizionale fondata sul « dogma » dell'esclusiva sovranità dello Stato, che « la sovranità dello Stato, nonostante gli sforzi logici fatti per dissimularlo, si risolve concretamente nella sovranità del governo » (*Un precursore di Montesquieu - Scipione Maffei*, in *Scritti vari di dir. pubbl.*, VI, Milano 1941, p. 163). Del resto, l'esperienza pratica in Italia non fa che confermare ad ogni passo il rilievo accennato nel testo: nella stampa quotidiana e per tanta parte dell'opinione pubblica, centro del sistema è il Governo, non il Parlamento; quello che conta, sono le deliberazioni del consiglio dei Ministri, anche se concernenti semplici disegni di legge, sottoposti come tali all'esame e al voto del Parlamento... Di qui al discredito delle istituzioni parlamentari e alle facili piacevolezze sulle « lungaggini » e sulle polemiche che si svolgono nelle assemblee legislative, il passo è breve, purtroppo. La pratica degli ordinamenti dove il principio della sovranità popolare è qualcosa di realmente vivo ed operoso nella coscienza dei cittadini e nelle tradizioni storiche nazionali ci mostra, all'inverso, una preminenza degli organi parlamentari, ed anche un loro ben maggiore prestigio nella pubblica opinione.

rappresentanza necessaria e legale, derivando infatti unicamente dall'ordinamento giuridico, che, a sua volta, trova la propria fonte esclusiva nella volontà dello Stato medesimo (è insomma lo Stato che detta le norme in base alle quali esso Stato assume carattere rappresentativo del popolo, senza alcuna partecipazione di questo alla istituzione della situazione rappresentativa né alla determinazione della struttura organizzativa della persona statale). Meglio riflettendo, e cercando di precisare con maggior rigore tecnico, ci troviamo qui di fronte a una forma di rappresentanza indiretta, e probabilmente anzi di *sostituzione*, anziché di rappresentanza vera e propria: almeno se di questa si accetti la nozione tradizionale, di esercizio da parte del rappresentante di poteri o diritti del rappresentato. La persona statale, infatti, in questo tipo di ordinamenti, non ha il solo *esercizio* della sovranità, ma ne è *il titolare*, ed anzi, come si diceva, l'esclusivo titolare, anche se il popolo o una sua parte sia ammesso a partecipare all'esercizio di essa per ipotesi determinate, come di regola avviene per la funzione elettorale. Della sostituzione sembra inoltre ricorrere nella specie l'ulteriore contrassegno dell'agire del sostituto nell'interesse proprio (o almeno prevalentemente nell'interesse proprio): giacché l'identificazione degli interessi generali della collettività popolare con gli interessi dello Stato-soggetto, e viceversa, caratterizza, com'è noto, il tipo di ordinamenti in esame; sicché, giuridicamente, lo Stato-soggetto esercita, in questi, la potestà di governo, di cui è il titolare, nell'interesse proprio, che *si presume* essere tutt'uno con l'interesse nazionale, con gli interessi generali della collettività([38]). Proprio quest'ultimo rilievo farebbe propendere per la figura della sostituzione, anche se della rappresentanza si accetti il concetto per cui il rappresentante esercita poteri propri, e non invece poteri del rappresentato, ma sempre *nell'interesse*, oltre che in luogo, del rappresentato.

Naturalmente, il riferimento alla figura della sostituzione, non meno di quello alla figura della rappresentanza, incontra, nella dottrina tradizionale, la solita difficoltà, costituita dal presupposto che rappresentanza e sostituzione non possano aversi se non nei confronti di un soggetto o persona (rispettivamente, il rappresentato o

([38]) Naturalmente poi, anche negli ordinamenti del tipo tratteggiato nel testo, il popolo è tuttavia in grado, quanto meno attraverso le elezioni, di influire, con maggiore o minore efficacia, secondo i sistemi, sulla interpretazione e sulla determinazione degli interessi statali-nazionali.

il sostituito) e perciò siano inammissibili rispetto al popolo, non essendo questo un soggetto giuridico. A far cadere tale pretesa difficoltà valgono, da un lato, i rilievi sopra accennati (cfr. n. 10) sulla qualificazione soggettiva che il popolo, nel suo insieme, riveste, di regola, esplicitamente od implicitamente, nei moderni ordinamenti rappresentativi; e d'altro lato l'ulteriore considerazione, pur essa già accennata (cfr. n. 11), che comunque, ed anche a prescindere dal concetto delle figure giuridiche soggettive, il popolo si risolve in una pluralità di soggetti, tra loro reciprocamente collegati da una serie di fattori unificanti, sicché ad essi, complessivamente considerati, possono bene riferirsi la rappresentanza o la sostituzione. Si aggiunga che, com'è stato autorevolmente posto in evidenza dall'Esposito([39]), la premessa secondo cui per aversi rappresentanza (o sostituzione) si richiede necessariamente che il rappresentato (o sostituito) sia soggetto o persona è fondata su quanto normalmente si verifica nel campo del diritto privato, e non su di una esigenza logica assolutamente valida per ogni ipotesi; mentre, nel campo del diritto pubblico, è dato rinvenire diversi casi di rappresentanza, testualmente riferita da specifiche norme di legge ad enti di fatto, ed in particolare a certe collettività (così, oltre al caso in esame dei rapporti tra Stato e popolo, per la rappresentanza dei poveri, attribuita all'Ente Comunale di Assistenza e, precedentemente, alla Congregazione di carità; per la rappresentanza delle categorie professionali, che, nel cessato ordinamento sindacale corporativo, era attribuita alle associazioni sindacali riconosciute; per la rappresentanza di ceti, categorie ed organi varî, spettante a determinate persone in seno a numerosi organi collegiali dello Stato o di altri enti pubblici, ecc.).

16. Proseguendo nella schematizzazione intrapresa, e sempre sotto la riserva precedentemente formulata, abbiamo poi:

2) Ordinamenti in cui è accolto il principio della sovranità popolare, limitatamente però alla sola spettanza originaria della potestà di governo (sovranità popolare come potestà costituente, dunque) — e

([39]) *Lo Stato e la Nazione*, cit., p. 471 ss., e specialmente *La rappresentanza istituzionale*, Tolentino 1938 (ricompreso anche negli « Scritti giuridici in onore di Santi Romano », I, Padova 1940), cap. II, in particolare p. 53 ss., e cap. III, in particolare p. 85 ss.

3) Ordinamenti in cui al popolo spettano la titolarità e l'esercizio della sovranità (com'è appunto il caso dell'ordinamento italiano): in cui, cioè, lo Stato-soggetto si configura come strumento, non esclusivo, mediante il quale il popolo esercita, per una parte più o meno estesa, la sovranità, di cui è, e rimane, il titolare.

Quel che accomuna questi due gruppi, differenziandoli dal primo, è precisamente l'accoglimento in sede di diritto positivo del principio della sovranità popolare, con la conseguenza, anzitutto, che, in entrambi, lo Stato-soggetto non può dirsi più, propriamente, il soggetto sovrano, esercitando una potestà di governo derivata, anziché originaria, ed essendo sprovvisto, quanto meno (negli ordinamenti di cui al punto 2), della potestà costituente, che resta riservata al popolo, e per giunta (negli ordinamenti di cui al punto 3), assumendo evidentemente carattere strumentale rispetto al popolo. In un certo senso, più generico, tale carattere strumentale si ha anche, è vero, negli ordinamenti raggruppati al punto 2, poiché anche in questi lo Stato-soggetto non è, in sostanza, che un mezzo di esercizio della sovranità spettante originariamente al popolo; ma tra i due tipi di ordinamenti resta tuttavia la differenza che, nei primi, lo Stato-soggetto si sostituisce al popolo nell'esercizio della intera potestà di governo, con la sola eccezione della potestà costituente di cui il popolo seguita ad avere, oltre la astratta titolarità, anche l'esercizio o la concreta possibilità di esercizio; mentre, negli ordinamenti di cui al punto 3, il popolo resta titolare della potestà di governo, costituente e costituita, dell'una e dell'altra conservando altresì l'esercizio, e lo Stato-soggetto sostituisce pertanto il popolo nel solo esercizio di una parte di tale potestà, diventa cioè veramente un mero strumento tecnico, tra gli altri, per l'esplicazione di essa. Questi ultimi ordinamenti danno vita perciò a sistemi di organizzazione costituzionale che escono dallo schema tradizionale delle forme rappresentative, accogliendo altresì, in varia misura, istituti di democrazia diretta, com'è appunto il caso della Costituzione italiana (cfr. anche sopra, nn. 1 e 5), o quanto meno, istituti correttivi e integrativi delle istituzioni rappresentative, come già in precedenza si è accennato. I primi, invece, si risolvono, al pari degli ordinamenti di cui al punto 1, in sistemi esclusivamente rappresentativi, limitatamente però a quel che concerne l'esercizio ordinario della potestà di governo; giacché istituti di democrazia diretta sono in essi largamente accolti, coerentemente del resto al principio della sovranità originariamente spettante al popolo, per

quanto attiene all'esercizio della potestà costituente, intesa in senso largo, con inclusione, cioè, talvolta, anche della stessa potestà di semplice revisione costituzionale. Tra i due gruppi di ordinamenti delineati ai punti 2 e 3 le diversità sono, dunque, in effetti, di carattere piuttosto teorico, e spesso praticamente impercettibili: tuttavia sufficienti a farli collocare, in una classificazione, come si è avvertito, necessariamente astratta, in due tipi distinti.

Si aggiunga che il carattere democraticamente più avanzato degli ordinamenti del secondo tipo (sovranità popolare come spettanza originaria della potestà di governo al popolo) si rispecchia sullo stesso concreto atteggiarsi delle istituzioni rappresentative e sui rapporti interni tra gli organi costituzionali dello Stato-soggetto, l'accento venendo allora a cadere, non meno che negli ordinamenti di cui al punto 3, non già sull'esecutivo, ma sulle assemblee legislative, vale a dire sugli organi che sono in più diretto e immediato contatto con il popolo, titolare originario della sovranità. Talora, anzi, questa preminenza del Parlamento, che di regola caratterizza l'esperienza costituzionale degli ordinamenti in parola, trova anche espressione nelle formule dei testi costituzionali, ed è esplicitamente messa in relazione con il principio della sovranità popolare — sia pure intesa come sola spettanza originaria della sovranità al popolo. Valga l'esempio della vigente Costituzione francese (che può ritenersi caratteristica di quelle raggruppate al punto 2), nella quale — con linguaggio tecnicamente impreciso, ma estremamente significativo — sovranità popolare finisce per tradursi in « sovranità » dell'Assemblea nazionale: « La sovranità nazionale appartiene al popolo francese » afferma l'art. 3, aggiungendo che « il popolo la esercita, in materia costituzionale, attraverso il voto dei suoi rappresentanti e il referendum. *In tutti gli altri campi la esercita attraverso i suoi deputati all'Assemblea nazionale*, eletti a suffragio universale, eguale, diretto e segreto ».

Dall'accoglimento in sede di diritto positivo del principio della sovranità popolare discende l'ulteriore conseguenza, comune ai due tipi schematizzati ai punti 2 e 3, che, in entrambi, gli interessi generali della collettività acquistano una distinta ed autonoma qualificazione giuridica, quale non si rinviene invece negli ordinamenti del primo gruppo, e che assume naturalmente la maggiore accentuazione in quelli del terzo gruppo, in cui il popolo, conservando l'esercizio ordinario della sovranità, è sempre in grado di far prevalere la propria volontà, a tutela dei propri interessi, nei confronti

di quella, eventualmente contrastante, manifestata dalla persona statale attraverso i suoi organi. Il punto-limite estremo della protezione giuridica spettante, in tali ordinamenti, agli interessi del popolo come tale si concreta nel cosidetto « diritto di resistenza », e più specialmente nella resistenza collettiva. Non che tale figura, che ha dietro di sé un'antica e notevole tradizione ma che è stata più tardi abbandonata nella evoluzione della dottrina giuridica, sia esclusivamente connessa con il principio della sovranità popolare (l'Orlando, ad esempio, com'è noto, ne sostenne l'ammissibilità nel diritto positivo italiano statutario, indipendentemente quindi da un riferimento alla sovranità popolare). Ma è certo, comunque che laddove vige tale principio, ivi è da ritenersi esistente, anche nel silenzio dei testi costituzionali (come del nostro), il diritto di resistenza. Forse è improprio chiamarlo « diritto », almeno con riguardo all'ipotesi, di maggiore interesse ai fini delle presenti considerazioni, della resistenza collettiva: più che di un diritto, si tratta, direi, di un modo di esplicazione della potestà spettante al popolo, di una manifestazione diretta e immediata della sua sovranità, che si pone sul medesimo piano della esplicazione della originaria potestà costituente. Nella logica del sistema, infatti, il popolo è la fonte dell'ordinamento costituzionale e di ogni potestà pubblica esercitantesi nell'ambito di esso; lo Stato-soggetto ha una potestà di governo che non può definirsi più come sovrana, perché derivata da quella spettante — originariamente o anche in atto — al popolo; qualora, perciò, i poteri costituiti e destinati a rappresentare il popolo, ad agire e governare per esso, infrangano i limiti costituzionalmente stabiliti alla loro attività, sorge nel popolo l'interesse e la possibilità di riprendere nella sua pienezza l'esercizio della sovranità, di cui è il vero titolare, opponendosi e contrapponendosi ad un apparato statale divenuto privo di ogni legittimazione. Se l'art. 1, secondo comma, della nostra Costituzione dice che la sovranità popolare è anch'essa limitata dalla Costituzione, ciò vale, evidentemente, in quanto tutti i pubblici poteri si mantengano a loro volta nei limiti della Costituzione stessa; ma la norma non prevede (e non aveva ragione di prevederla) l'ipotesi, eccezionale, di una rottura della legalità costituzionale, così come, nel testo della Costituzione, è regolato bensì il procedimento di revisione costituzionale, ma non anche — a quanto sembra — l'esercizio eventuale della potestà costituente da parte del popolo.

Muovendo dai rilievi che precedono, sembra, infine, che per gli ordinamenti dei due ultimi gruppi, e con particolare evidenza e sicurezza per quelli del terzo gruppo, la figura della rappresentanza, assunta nei suoi termini più generali, sia la più adatta a definire la situazione dello Stato-soggetto in rapporto al popolo. Della rappresentanza, in senso largo, ricorrono, infatti, gli elementi essenziali dell'agire di un soggetto (lo Stato-soggetto) in luogo e nell'interesse di altri (il popolo) e con le stesse conseguenze giuridiche che se chi agisse fosse il rappresentato. Rappresentanza, che è difficilmente inquadrabile negli schemi della rappresentanza legale ovvero di quella volontaria, così come sono stati elaborati dalla prevalente dottrina, con speciale riguardo al diritto privato. Legale, essa può dirsi, sotto un certo aspetto, perché ed in quanto istituita e disciplinata dall'ordinamento giuridico una volta per tutte; volontaria, piuttosto, ove si rifletta che questo stesso ordinamento deriva dalla volontà popolare e che perciò a questa va fatto risalire, in ultima analisi, il sorgere della situazione rappresentativa (e non per nulla, nel linguaggio e nella ideologia democratica ottocentesca, il fenomeno veniva designato col nome di delega: che sarebbe, appunto, totale e permanente, salvo la riserva della potestà costituente, negli ordinamenti del secondo gruppo; parziale, invece, in quelli del terzo gruppo).

Tale rappresentanza, come pure la sostituzione che ci è sembrato più corretto identificare negli ordinamenti schematizzati al punto 1, possono anche qualificarsi, più specialmente, come *istituzionali*, sebbene in un senso alquanto diverso da quello proposto dall'Esposito([40]), per il quale, com'è noto, si avrebbe rappresentanza istituzionale quando il rappresentato esiste per il diritto soltanto come rappresentato e il rappresentante, a sua volta, soltanto come rappresentante: ciò che, secondo questo A., si verificherebbe appunto nel caso dello Stato e della nazione. Non sembra per contro possibile affermare, proprio con riguardo al caso, che qui interessa, dei rapporti tra Stato e popolo, che quest'ultimo si esaurisca per intero e necessariamente nella figura del rappresentato... permanente, come sembra risulti agevolmente pensando agli ordinamenti in cui si rinvengono, accanto alle istituzioni rappresentative, anche istituti di democrazia diretta; di guisa che l'affermazione criticata dovrebbe, semmai, limitarsi agli ordinamenti esclusivamente rappre-

([40]) Negli scritti cit. nella nota precedente.

sentativi. Ma, anche così circoscritta, essa sarebbe tuttavia inesatta, alla stregua di quanto si è in precedenza osservato nel corso di questi appunti, bastando richiamare (a tacer d'altro) la funzione elettorale, nel cui esercizio abbiamo ritenuto di ravvisare sempre una forma di manifestazione diretta del popolo in quanto tale (sia a titolo di esplicazione della sovranità spettantegli, sia invece a semplice titolo di partecipazione all'esplicazione della sovranità statale, secondo i diversi sistemi positivi). D'altro canto, per quel che riguarda in particolare la qualifica rappresentativa dello Stato-soggetto, questa può dirsi istituzionale nel senso che la persona statale è originariamente istituita allo scopo specifico ed essenziale di rappresentare giuridicamente il popolo o, in altre parole, nel senso che la qualifica rappresentativa non è accidentale, come avviene nella comune rappresentanza, ma permanente ed essenziale; mentre non sarebbe esatto, a nostro avviso, ritenere che lo Stato-soggetto agisce sempre e necessariamente in rappresentanza del popolo, potendovi essere viceversa determinati poteri statali — accessori e funzionali rispetto all'esercizio della potestà di governo vera e propria — che appartengono esclusivamente allo Stato-soggetto e sono da questo esplicati in proprio, e non in luogo del popolo (l'esempio maggiore sembra da identificarsi nei cosidetti poteri di supremazia speciale, ed anzitutto nella potestà disciplinare dello Stato sui propri dipendenti: che appunto per tale ragione sono talvolta regolati in modo che può anche essere, in parte, difforme dai criteri costituzionalmente stabiliti per l'esercizio della potestà di governo, ma che non potrebbe tuttavia essere in contrasto con i criteri medesimi, per la connessione, appunto, che unisce detti poteri speciali con quelli, più generali, esercitati invece in rappresentanza del popolo).

Dipende poi dal concetto che si preferisce accogliere della rappresentanza in generale, e ha d'altronde interesse puramente teorico, precisare se — negli ordinamenti presi in esame — lo Stato-soggetto, rappresentante del popolo, eserciti in tale qualità poteri del popolo ovvero poteri propri, per la realizzazione della situazione giuridica di cui il popolo, rappresentato, è il soggetto. Mentre dipende dal diverso atteggiarsi degli ordinamenti costituzionali positivi, se la situazione rappresentativa, nei rapporti Stato-popolo, dia luogo a una forma di semplice rappresentanza indiretta, lo Stato-soggetto esplicando detti poteri in nome proprio, oppure a una forma di rappresentanza *stricto sensu*, agendo lo Stato anche in nome del popolo.

Per quel che più particolarmente concerne l'ordinamento costituzionale italiano, sembra debba ritenersi la seconda alternativa, che lo Stato-soggetto, cioè, agisca in nome del popolo: limitatamente, beninteso, a quella parte della potestà di governo di cui il popolo è titolare, ma che viene esercitata dallo Stato medesimo (agisce invece in nome proprio nell'esplicazione di quei poteri accessori, cui sopra si è fatto cenno, dei quali proprio lo Stato-soggetto è il titolare). La cosidetta *contemplatio domini*, ossia la dichiarazione espressa dell'agire per altri, che caratterizzerebbe la rappresentanza *stricto sensu*, si ritrova, infatti, nella disposizione della seconda parte dell'art. 1, che ha formato sin qui l'oggetto precipuo dei presenti appunti. Dalla quale si ricava, precisamente, che la sovranità è e rimane del popolo, e che lo Stato-soggetto è dunque soltanto una tra le « forme » (*rectius*, tra i mezzi) in cui essa viene costituzionalmente esercitata. Ciò che può considerarsi sufficiente a concretare il requisito della *contemplatio domini*, in linea generale, con riferimento, cioè, una volta per tutte, all'intera parte della potestà di governo il cui esercizio è demandato alla persona giuridica statale. Per talune manifestazioni, poi, della sovranità, esistono anche ulteriori più specifiche disposizioni, che ribadiscono tale requisito. Così, per la funzione giurisdizionale, l'art. 101, a termini del quale, « la giustizia è amministrata in nome del popolo »; così, indirettamente, per la funzione legislativa, l'art. 67, sistematicamente inquadrato nel complesso delle disposizioni concernenti la formazione della legge: essendo questa esclusivamente atto delle Camere, che sono gli organi destinati in modo specifico a rappresentare il popolo e costituite infatti mediante elezione dei loro titolari, ciascuno dei quali rappresenta il popolo nell'intero esercizio delle proprie attribuzioni ed anzitutto, perciò, nella sua partecipazione alla formazione della legge.

17. L'ordinamento costituzionale italiano, quale risulta dal testo del 1947, rientra dunque in un tipo sotto molti aspetti nettamente diverso da quello in cui era da classificarsi, invece, il precedente ordinamento monarchico statutario. Alla costruzione giuridica imperniata sul « dogma » della esclusiva sovranità dello Stato-soggetto, entro certi limiti adeguata al sistema di allora, deve oggi sostituirsi una diversa impostazione, centrata viceversa sul principio della sovranità popolare e sul conseguente carattere strumentale assunto dallo Stato-soggetto; che tenga nel debito conto tutte le carat-

teristiche strutturali del nuovo ordinamento: solo parzialmente rappresentativo, perché integrato e corretto da istituzioni di democrazia diretta; poggiante sopra una organizzazione della collettività popolare variamente e concretamente articolata; rivolto ad assicurare a tutti i cittadini una effettiva possibilità di partecipazione alla formazione della volontà popolare, ed a questa una efficacia preminente ed in ultima istanza decisiva nei confronti di ogni altra manifestazione di volontà delle istituzioni governanti (dello Stato-soggetto, cioè, e degli enti pubblici minori).

Queste conclusioni, così sinteticamente riassunte, non richiederebbero alcuna ulteriore delucidazione, essendo logica conseguenza degli appunti che precedono e potendo perciò ritenersi sufficientemente dimostrate, almeno nei loro elementi essenziali. Sembra tuttavia opportuno sottolineare ancora due punti, che presentano un particolare interesse ed hanno anche, il secondo specialmente, carattere di attualità.

1) L'ordinamento costituzionale italiano, si inquadra, dunque, in un tipo di sistemi indubbiamente assai più avanzato, dal punto di vista democratico, rispetto a quello cui apparteneva l'ordinamento del vecchio regno d'Italia e cui appartengono numerosi altri sistemi costituzionali. Ma tra gli stessi ordinamenti del medesimo tipo storico, quello italiano si caratterizza ulteriormente per il tentativo, che in esso chiaramente si esprime, di dare al principio della sovranità popolare una concretezza di contenuto quale raramente si riscontra in altre esperienze costituzionali muoventi anch'esse da tale principio. Non bisogna nascondersi, infatti, che il principio della sovranità popolare, pur rappresentando di per sé stesso, per le ragioni accennate a suo luogo (sopra, n. 14), un passo innanzi nei confronti del « dogma » della esclusiva sovranità dello Stato, contiene tuttavia un elemento di finzione ideologica, che può anche essere, talvolta, molto accentuato. Giacché il popolo, il popolo *vero*, appare poi, alla indagine sociologica, internamente differenziato in classi e gruppi minori, portatori di diversi e contrastanti interessi, di cui, giuridicamente, si tratta di cogliere e far valere in definitiva la risultante — col rischio che, in realtà, dietro lo schermo della volontà popolare, si affermino invece volontà particolaristiche di gruppi privilegiati, capaci di imporre, in fatto, orientamenti e indirizzi unicamente conformi ai loro interessi egoistici. Tanto più, in quanto, proprio per la divisione in classi della società civile (proprio, cioè, per le differenze economiche persistenti tra i membri del popolo), non tutti i

cittadini sono concretamente in grado di concorrere su di un piano di effettiva parità reciproca e quindi con piena e consapevole autodeterminazione alla formazione della volontà popolare governante. Per ripetere le felici espressioni di Luigi Rossi, « l'efficacia del popolo sulle cose dello Stato è varia, ed è pure varia la composizione del popolo. Nella sovranità popolare, rettamente intesa, gli individui entrano come determinanti immensamente differenti, secondo la loro capacità fisica o economica o morale, secondo i tempi, secondo le circostanze » ([41]).

Ora, la Costituzione italiana, intervenendo attraverso numerose sue disposizioni a dettare un ordinamento della società civile tale da assicurare a ciascuno una *effettiva* libertà ed eguaglianza, mettendo insomma a base della democrazia politica la democrazia economica, si propone appunto lo scopo di impedire la sopraffazione anche larvata degli interessi della maggioranza dei cittadini, e specialmente degli strati sociali economicamente più deboli, ad opera di ristretti gruppi oligarchici. Vuole, in altri termini, sopprimere il privilegio economico, anche ed anzitutto perché ed in quanto si traduce, o è suscettibile di tradursi, in privilegio politico. Sotto questo aspetto — cui si è del resto accennato in precedenza (sopra, n. 13) —, le cosidette libertà economiche e in genere tutte le disposizioni del testo costituzionale aventi riferimento alla struttura della società civile acquistano un significato ed un'importanza propriamente politici, entrando come componenti essenziali dello stesso sistema di governo adottato ed inserendosi pertanto nel quadro dei principî disciplinanti la formazione e l'esplicazione della sovranità popolare. Ma è chiaro allora che, sinché tali disposizioni costituzionali non siano praticamente realizzate, sinché dunque tra « il principio generale di organizzazione posto a base del nuovo Stato e la realtà sociale in atto » continuerà a sussistere quel « contrasto produttivo di una situazione di ingiustizia, che è necessario eliminare facendo venir meno attraverso gli strumenti che la Costituzione stessa prevede le resistenze opposte dagli interessi legati al precedente assetto » — per ripetere le belle parole di un autorevole scrittore ([42]) — ne soffriranno anche gli istituti più propriamente politici, in senso stretto, connessi al principio della sovranità popolare.

([41]) *Un precursore di Montesquieu*, cit., in nota a p. 163.

([42]) MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Il dir. del lav.*, 1954, n. 5-6, p. 5 dell'estratto.

2) D'altro canto, tale principio è rimasto praticamente inoperoso, non essendo stati attuati sin qui gli strumenti costituzionalmente previsti quali specifici mezzi di espressione e di prevalenza della volontà popolare. Manca ancora il *referendum*, sia di abrogazione sia di approvazione sia consultivo, come manca altresì l'iniziativa popolare delle leggi, che, pur essendo da sola insufficiente a dare realizzazione al principio della sovranità popolare, vi si ricollega tuttavia coordinandosi con le altre forme ausiliarie o preparatorie dell'esercizio della sovranità popolare. Di qui la strana e aberrante situazione, per cui l'ordinamento costituzionale italiano *effettivamente in vigore* risulta di un tipo diverso da quello in cui dovrebbe inquadrarsi invece l'ordinamento costituzionale italiano descritto e regolato *dalla Costituzione vigente*... Questo, avrebbe, infatti, quei caratteri che hanno formato oggetto di esame nel corso dei presenti appunti e che si è cercato di brevemente ricapitolare qui sopra, all'inizio di questo paragrafo; l'altro, ossia quello effettivamente in atto, viceversa, è un ordinamento esclusivamente rappresentativo, nel quale ben scarse e vaghissime tracce è dato rinvenire del principio enunciato nella seconda parte dell'art. 1 della Costituzione: un ordinamento assai vicino a quello che si fondava sullo Statuto albertino, e nel quale l'affermato principio della sovranità popolare appare, alla stregua dell'esperienza concreta del sistema, una semplice formula decorativa priva di coerenti sviluppi e perciò astratta.

La sfasatura, generalmente rilevata e deplorata in dottrina con riferimento a singoli e determinati istituti, tra quello che, a termini delle disposizioni costituzionali, dovrebbe essere, e quello che viceversa praticamente è l'ordinamento dei rapporti pubblici e privati nella Repubblica italiana, si affaccia pertanto — con estrema gravità — proprio alle soglie del sistema, proprio cioè per quanto concerne la stessa forma di governo e il tipo di organizzazione statale. Non si limita, dunque, a settori particolari, ma investe fin dai principî l'intero sistema del nostro diritto positivo, segnando una crisi che può avere incalcolabili conseguenze per l'avvenire della società italiana. Anche da questo punto di vista, ai fini di un contributo alla chiarificazione della gravità e della ampiezza della frattura esistente tra la legalità costituzionale scritta e la situazione reale, l'aver avviato una discussione problematica sul principio della sovranità popolare e sul suo giuridico significato può esser stata, forse, non del tutto inutile fatica.

IV.

ASPETTI PROBLEMATICI DEL SISTEMA PARLAMENTARE VIGENTE IN ITALIA

Discorso inaugurale dell'anno accademico 1957-1958 pronunciato nell'Aula Magna dell'Università di Trieste il 1° dicembre 1957. Pubblicato in *Jus*, 1958, e *Studi in onore di Emilio Crosa*, Milano, 1960, con numerose integrazioni e con l'aggiunta delle note.

1. *Cenni introduttivi: appartenenza del sistema italiano vigente al « tipo » parlamentare.*

Nell'intraprendere la nostra ricerca (necessariamente schematica e, più che altro, orientativa), credo che possiamo muovere dal presupposto, già postulato, del resto nella stessa formulazione del tema d'indagine, che il sistema di governo adottato dalla Costituzione repubblicana sia inquadrabile nel tipo « parlamentare »; che si possa e si debba quindi correttamente parlare di un sistema « parlamentare » italiano. Tale è stata, certamente, l'intenzione, può ben dirsi unanime, dei costituenti; tale, quel che più conta, è ancor oggi, a dieci anni dall'entrata in vigore della Costituzione, il convincimento generale della pubblica opinione e delle forze politiche agenti nel sistema, anche se e quando (come nel corso di recenti polemiche), si tenda da qualche parte a sottolineare con maggior rilievo il ruolo di determinati poteri ed istituti, con un significato politico suscettibile di opporsi alla tradizione più ortodossa delle forme parlamentari, senza peraltro che si giunga mai a negare che di una forma parlamentare, comunque, si tratti. Tale, infine, l'opinione assolutamente dominante nella dottrina, alla quale solo in apparenza fa eccezione qualche voce, autorevole, ma isolata: rivolta, talora, a denunciare criticamente la scarsa coerenza, rispetto ai principî parlamentari, della nostra forma di governo; e talora, piuttosto, a contestare la natura parlamentare *di tutte quelle contemporanee*, comunemente così qualificate, per ragioni attinenti alla innegabile diversità tra la struttura delle comunità politiche odierne e quella che fu propria del sorgere e del più prestigioso funzionamento del governo parlamentare classico (1).

(1) La seconda tendenza è nettamente affermata dal GIANNINI (M. S.), *Prefazione* alla traduz. ital. de *Il regime parlamentare nelle Costituzioni europee del dopoguerra*, del BURDEAU, Milano, 1950. Si limita, invece, a rilevare la incompatibilità delle tendenze « razionalizzatrici », accolte nella nostra Costituzione, con i principî del sistema parlamentare propriamente detto, l'ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1951, I. In realtà, quando ci si riferisce, nella più diffusa dottrina, al cosidetto governo parla-

Con quest'ultimo richiamo siamo già entrati direttamente *in medias res*: senza dubbio, infatti, i sistemi costituzionali, anche se formalmente identici tra loro o conformi ad un preciso modello, mutano di significato nel concreto evolversi delle condizioni storiche reali, assumono atteggiamenti diversi in relazione al diverso ambiente sociale entro il quale si sviluppano, in modo da formare, in ultima analisi, ciascuno un sistema a sé, ben individuato e specifico — e per ciò stesso, a rigor di termini, irripetibile, e dunque dissimile da ogni altro, anche se portante lo stesso nome. Ciò non impedisce, tuttavia, che la scienza giuridica possa, risalendo dal particolare al generale e fondandosi sugli elementi costanti riscontrabili nelle singole forme storiche, costruire e classificare *tipi* astratti: atti ad esplicare, oltre ad una funzione descrittiva e quindi conoscitiva, anche, al tempo stesso, una funzione normativa, nel senso che l'interpretazione da dare, in ogni caso di dubbio, alle disposizioni regolanti un dato sistema positivo dovrà essere, finché sia consentito dalla lettera dei testi costituzionali e legislativi, o, dove questi manchino, dalle risultanze certe ed univoche delle consuetudini, quella conforme ai principî generali del tipo, a preferenza di altre possibili, ma con essi contrastanti.

Applicando tali criteri, d'altronde risaputi, al problema del governo parlamentare, nessuno vorrà negare che questo si presentasse, in Inghilterra, durante l'era vittoriana, con caratteristiche e modalità differenti da quelle riscontrabili nello stesso governo parlamentare britannico odierno; né che l'imitazione del figurino britannico, attuata durante lo scorso secolo sul continente europeo, avesse dato vita, in pratica, a numerose e sensibili deviazioni rispetto all'originale; né, infine, che il governo parlamentare disciplinato dalla vigente Costituzione italiana sia, per molti lati, qualcosa di diverso dai contemporanei sistemi francese ed inglese, ad esempio, nonché dal sistema in atto nel nostro paese sotto l'ordinamento statutario, fino al ventennio fascista.

mentare « puro » o « autentico », non si fa che *scegliere* fra i tanti governi parlamentari storicamente esistenti, uno dei quali, fermato in una sua determinata fase di sviluppo, viene assunto come tipico, e perciò *vero* o autentico. Lo stesso prototipo britannico è un sistema in continuo movimento, che soltanto convenzionalmente può circoscriversi a un determinato momento storico (suscettibile, del resto, di diverse interpretazioni); e lo stesso dicasi per il cosidetto « modello » belga o per quello francese della monarchia di luglio: cfr. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions européennes*, I, Paris, 1951, p. 69 ss.

Ma, tutto ciò premesso ed ammesso, nessuno vorrà negare, d'altro canto, che gli accennati sistemi presentino pur sempre determinati contrassegni comuni, e di importanza primaria per qualificarne la figura d'insieme, perché inerenti proprio al reciproco atteggiarsi dei massimi organi costituzionali nell'esercizio della suprema potestà di governo. Se, ad aversi governo parlamentare, si richiede che quest'ultima si svolga, attraverso la funzione legislativa e la funzione amministrativa, secondo indirizzi unitari, concretamente determinati dalle Camere rappresentative ovvero da organi da queste espressi e di fronte a queste responsabili; se, perciò, si fa leva principalmente, per identificare il ricorrere di una forma riconducibile al tipo parlamentare, sul necessario rapporto di fiducia che lega il Governo, organo costituzionale del potere esecutivo, alle Camere (o alla Camera elettiva), organi del potere legislativo, non vi ha dubbio che tale complesso di condizioni minime, ed altre ancora che vi si riconnettono, sia agevolmente ravvisabile nella nostra vigente Costituzione. Ché, anzi, i ricordati principî, tipici del governo parlamentare, sono in essa, a differenza di quanto avveniva per il vecchio Statuto e di quanto notoriamente avviene nel diritto pubblico inglese, formulati analiticamente in esplicite disposizioni del testo costituzionale: il Governo deve avere la fiducia delle Camere (art. 94, primo comma), il Governo è politicamente responsabile dinanzi alle Camere ed obbligato a dimettersi, se colpito da un voto di sfiducia (arg. *ex* art. 94, primo e quarto comma), mentre è affermata, sia pure con qualche limitazione, come vedremo, la regola della irresponsabilità del Capo dello Stato, da molti ritenuta anch'essa (a torto o a ragione) essenziale alla forma parlamentare « autentica » (art. 90, primo comma); è specificato il principio della solidarietà ed unità d'azione del Governo, attraverso le norme prescriventi che i ministri sono collegialmente responsabili degli atti che impegnano l'indirizzo politico generale ([2]), pur essendo

([2]) La disposizione costituzionale cit. nel testo riferisce, letteralmente, la responsabilità collegiale agli « atti del Consiglio dei ministri »: al quale spetta la determinazione delle direttive politiche (« questioni di ordine pubblco e di alta amministrazione », secondo la invecchiata formula dell'art. 1, n. 1, r.d. 14 novembre 1901, n. 466), nonché la deliberazione degli atti, di competenza dell'Esecutivo, che delle direttive stesse sono immediata attuazione (e spesso, altresì, fonte di cognizione), molti dei quali risultano, infatti, elencati nel medesimo r.d. del 1901, per la parte tuttora vigente (presentazione e ritiro dei disegni di legge, ad es.; proposte di trattati e « questioni internazionali in genere »; decreti legislativi e regolamenti; nomina dei sotto-

altresì individualmente responsabili per gli atti del loro dicastero (art. 95, secondo comma). Persino la contrapposizione tra potere delle Camere di negare o revocare la fiducia e scioglimento delle Camere stesse, che si suole talora considerare, a sua volta, come uno dei cardini del « vero » governo parlamentare, risulta accolta dalla Costituzione, a prescindere adesso dalle questioni che si pongono al riguardo e che saranno più oltre accennate (*infra*, n. 7). Già a colpo d'occhio, dunque, e riservando ulteriori particolari, c'è quanto basta — mi pare — perché la nostra premessa (che il sistema di governo vigente sia definibile come parlamentare) possa considerarsi, non quale postulato arbitrario e soggettivo, ma affermazione rispondente ad un principio istituzionale, positivamente adottato dall'ordinamento giuridico.

2. *Aspetti problematici comuni ai sistemi contemporanei: i partiti e la sovranità popolare.*

Naturalmente, appena si passa ad un esame un po' meno superficiale, le cose si rivelano meno semplici di quanto potrebbe apparire da questa prima frettolosa ricognizione a volo d'uccello. Numerosi e complessi sono quegli aspetti problematici del nostro sistema, che, nell'atto stesso di qualificarlo parlamentare, abbiamo infatti, dovero-

segretari di Stato; richieste di registrazione con riserva, ecc.). Lo stesso art. 95 Cost. allude, del resto, espressamente ai concetti di « politica generale » e di « indirizzo politico », quando stabilisce che il Presidente del Consiglio « dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo... ». Vero è, bensì, che tali espressioni sono usate con riguardo al Governo, in senso stretto; ma, essendo questo, nel suo complesso, l'organo supremo del potere esecutivo (*infra*, n. 6), ed i singoli ministri gerarchicamente sopraordinati ai vari rami della organizzazione statale, non vi ha dubbio che l'indirizzo politico (e la politica generale) del Governo sono, in realtà, l'indirizzo politico (e la politica generale), cui si informa l'esercizio della funzione esecutiva, in tutte le sue manifestazioni; mentre, essendo il Governo necessariamente legato alla maggioranza parlamentare, e pertanto, da un lato, da questa condizionato, ma d'altro lato, specie attraverso il vincolo di partito, posto in grado di ottenerne la collaborazione, tutte le volte che sia necessario, per tradurre le proprie direttive in disposizioni normative, il vero significato dei primi due commi dell'art. 95 si allarga ulteriormente, comprendendo l'intera potestà di determinazione dei fini dell'azione statale e perciò la direzione politica complessiva dello Stato-soggetto, unitariamente considerato.

samente, assunto a base della ricerca. C'è un sistema parlamentare, perché ne esistono in misura sufficiente i principî e i presupposti indeclinabili; ma questo sistema presenta, poi, tutta una sua problematica, nella quale non mancano le zone d'ombra e perfino elementi che possono sembrare contradittori.

Per una parte, si tratta, come accennato all'inizio, di una problematica che è comune, nei suoi dati fondamentali, ad altre forme parlamentari contemporanee, e potremo pertanto limitarci qui a ricordarne sommariamente, con qualche più particolare riferimento al diritto italiano, i punti di maggiore interesse: che sono quelli, cui specialmente guardano coloro i quali preferiscono mettere in risalto le differenze (ritenute addirittura qualitative), che separano i sistemi parlamentari di oggi dal prototipo classico, convenzionalmente desunto dalla esperienza britannica tra la prima riforma elettorale del 1832 e la fine del secolo all'incirca. Le questioni che vengono allora in considerazione si compendiano, in sostanza, nella funzione predominante assunta nella pratica più recente del sistema, dai partiti politici, rigidamente organizzati e spesso in radicale antitesi tra loro; quindi, nel cosidetto esautoramento del Parlamento e nel trasferirsi del centro di gravità del sistema, dalle Assemblee rappresentative al corpo elettorale, ed anzi, più largamente, al popolo, come insieme dei cittadini viventi.

Anche qui, peraltro, è necessaria una precisazione. Che il sistema parlamentare presupponga la dialettica dei partiti, tanto da poter essere comunemente designato come governo di partiti, è verità incontestabile e generalmente riconosciuta *ab antiquo*: valida per le forme classiche, non meno che per quelle, contemporanee, ritenute spurie; per la forma britannica, non meno che per quelle continentali. Né può attribuirsi un'influenza decisiva, per contrapporre queste ultime a quella, al fatto che, invece di due partiti, come di regola (non senza eccezioni, del resto) in Inghilterra, si sia avuta e si abbia, altrove, una moltiplicazione (a volte patologica, perché artificiosa) di partiti; quindi, uno spezzettamento della rappresentanza popolare, con la conseguente necessità di ricorrere sempre più di frequente a Governi di coalizione, in luogo di Governi espressione di un solo partito maggioritario.

Ben altrimenti rilevanti, viceversa, sono certamente i mutamenti verificatisi nella struttura e nelle forme di azione dei partiti, derivanti a loro volta dalle profonde modificazioni intervenute, con il nuovo secolo, nella struttura sostanziale della società politica. La quale, da

omogenea qual era — per il suffragio elettorale ristretto, come in Inghilterra e in Italia, ed in ogni caso per l'insufficiente grado di sviluppo politico delle classi popolari, praticamente ai margini della classe politica, come ad es., in Francia ([3]) — si è venuta progressivamente allargando, fino alla trasformazione del regime, inizialmente oligarchico, in regime democratico. I più profondi antagonismi di classe, un tempo relegati nella sfera della società civile, si trasferiscono in tal modo, con tutto il loro peso, nell'ambito della società politica, sia pure attraverso la mediazione dei partiti: ormai, per ciò stesso, fortemente differenziati, fattisi portatori di interessi, programmi e ideologie nettamente contrapposti.

Finché i partiti erano semplici correnti di opinione, spesso allo stato fluido, e in genere gravitanti attorno a poco numerose unioni di persone, rette da tenui vincoli associativi ed organizzate originariamente sul solo piano parlamentare; finché essi si muovevano su di una piattaforma generale comune, avendo tutti egualmente origine in una medesima base sociale: era possibile che il loro alternarsi al governo avvenisse senza gravi scosse e in un clima di sicurezza e fiducia reciproca ([4]); era possibile, soprattutto, che le Assemblee par-

([3]) Dove, malgrado che il suffragio universale, sia pure entro certi limiti, faccia la sua apparizione già nel 1848, la classe politicamente dominante rimane tuttavia, per lungo tempo ancora, essenzialmente la stessa uscita vincitrice dalla Rivoluzione dell'89 (SAITTA, *Costituenti e Costituzioni della Francia moderna*, Torino, 1952, p. 14 e *passim*).

([4]) La questione della fiducia reciproca tra le parti è strettamente legata alla distinzione tra società omogenee e società non omogenee: che costituisce ormai un *leit motif* della moderna dottrina giuspubblicistica (basti richiamare il LASKI, *Le gouvernement parlementaire en Angleterre*, trad. franc., Paris 1950, che vi insiste ampiamente, soprattutto nei primi due capitoli. Cfr. anche, da noi, con talune diversità di impostazione, GUARINO, *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, Napoli 1948; GIANNINI, *loc. cit.*, rilevando giustamente come la storia ci mostri il sistema parlamentare, nel suo periodo aureo, « associato con le strutture oligarchiche » e tanto più declinante, invece, « quanto più le strutture oligarchiche evolvevano in democratiche »; ed ora, CUOMO, *Unità e omogeneità nel governo parlamentare*, Napoli, 1957). Naturalmnete, il problema della omogeneità ha un senso, se riferito alla *società politica* propriamente detta, la *società civile* essendo pur sempre — necessariamente, e malgrado ogni solenne proclamazione di astratta eguaglianza dinanzi alla legge — profondamente differenziata e divisa nel suo interno: perciò l'introduzione del suffragio universale, tendendo a far coincidere società politica e società civile, *pays légal* e *pays réel*, rappresenta la condizione necessaria, sebbene da sola non sufficiente, perché la società po-

lamentari adempissero effettivamente e regolarmente al compito di dar vita di volta in volta, attraverso la discussione, il confronto delle opinioni, il convincimento degli elementi esitanti, e, se si vuole, anche i compromessi ed i colpi di scena dell'ultim'ora, all'indirizzo politico, che spettava poi al Governo tradurre in atto sotto il controllo parlamentare. Il Governo poteva configurarsi come un comitato esecutivo della maggioranza, e l'ipotesi del verificarsi della responsabilità governativa dinanzi alle Camere rappresentava un evento normale e del tutto fisiologico, potendosi delineare, con relativa facilità, delle nuove maggioranze.

Oggi, la scena appare completamente diversa: i partiti hanno assunto stabili e salde strutture organizzative sul piano nazionale, con i loro uffici burocratici ed i loro funzionari; gli aderenti sono diventati « militanti », stretti assieme da una disciplina sempre più rigorosa. Ancorati, in ultima istanza, su nuclei contrastanti, ed *al limite* inconciliabili, di interessi economici, la loro lotta per la conquista della maggioranza nel Paese si fa più serrata, più aspra, senza esclusione di colpi: da lotta *per il governo*, tende a diventare lotta *per il potere*. Soprattutto, ma non esclusivamente, con l'adozione dei sistemi elettorali proporzionalistici, nelle elezioni assume rilievo preponderante l'adesione a un programma, quindi il consenso al partito, e solo mediatamente ed in linea subordinata la scelta degli uomini; i candidati sono, del resto, designati dagli organi di partito, che predispongono minuziosamente anche il giuoco delle preferenze, e debbono perciò la loro riuscita al partito, di guisa che, ad onta di qualsiasi divieto costituzionale, la rappresentanza politica finisce, in

litica diventi non omogenea. Resta, infine, da avvertire che omogeneità e non omogeneità stanno ad esprimere qualificazioni largamente relative, con riguardo ai più generali e fondamentali principî del regime politico-sociale (anche nell'Inghilterra vittoriana, ad es., dove pure si aveva tipicamente omogeneità, i partiti, nei quali si articolava la classe politica, erano tuttavia ben differenziati tra loro ed altresì riconducibili a divergenti interessi economici; ancor oggi, potrebbe dirsi, malgrado le argomentazioni un po' troppo « a tesi » del LASKI, che la società politica britannica presenta un notevole grado di omogeneità, ed in questo senso sembra aver ragione il GUARINO, quando sottolinea che, nelle condizioni attualmente esistenti in Francia e in Italia, è la prima volta che il governo parlamentare si trova a funzionare in una società dichiaratamente divisa, nella quale manca la fiducia reciproca tra le parti — tuttora caratteristica, invece, del regime inglese).

concreto, per fondarsi su un mandato di partito ([5]), anche se, in molti ordinamenti tra cui il nostro, dichiarato irrilevante alla stregua del diritto statale. Ci si vuol riferire, con quest'ultimo accenno, per quanto più particolarmente riguarda l'Italia, all'art. 67 Cost., che, nella parte in cui esclude il « vincolo di mandato » ([6]), potrebbe

([5]) È incontestabile che l'idea del « mandato » elettorale — malgrado gli esorcismi di una nota quanto diffusa dottrina giuspubblicistica — oltre ad essere costantemente viva e presente nell'opinione comune e nelle ideologie politiche, riaffiora spesso, sotto formulazioni varie, anche in sede tecnico-giuridica: segno che c'è in essa un fondo di verità, da cui non riesce in fin dei conti possibile prescindere. Lo stesso ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano 1947, p. 161 ss., non escludeva che l'atto elettivo possa anche qualificarsi come mandato, sebbene non come mandato di rappresentanza, ma presupposto o condizione della rappresentanza politica, concepita, invece, quanto alla sua fonte, come rappresentanza legale. E, con particolare riferimento ai sistemi elettorali proporzionalistici, e specie a quelli più rigidi e conseguenziari (lista chiusa o bloccata), la vecchia teoria del mandato rappresentativo torna poi ad apparire in una parte della recente dottrina (per la quale, v. larghe indicazioni e rilievi critici in VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1948, p. 159 ss.), spostandosene però il campo di applicazione, dal rapporto tra eletti ed elettori, al rapporto tra eletti e partiti, in base al rilievo della influenza decisiva ai fini del risultato elettorale, che è venuta praticamente ad assumere la proposta o designazione dei candidati, operata dal partito: ciò che vale oggi, *in fatto*, anche negli ordinamenti che tuttora accolgono il collegio uninominale (cfr., ad es., per l'Inghilterra, le significative considerazioni del LASKI, *op. cit.*, p. 44 ss.).

([6]) Attraverso la formula tralaticia dell'art. 67, che notoriamente trova i suoi primi precedenti nei testi costituzionali della Rivoluzione liberale, si esprime, infatti, accanto al divieto del mandato imperativo, anche l'altro principio, del carattere *generale* della moderna rappresentanza politica (« Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione... »), in contrapposizione storica e polemica con il carattere particolaristico e corporativo, proprio della rappresentanza nell'*ancien régime*. Ma tra i due principî non sussiste necessaria interdipendenza, quando per rappresentanza della Nazione si intenda, come sembra corretto, rappresentanza *del popolo*, insieme dei cittadini viventi (cfr. in questo senso, il nostro studio, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana, retro*, p. 109 in nota 11): infatti, come ammette espressamente anche un A., che tuttavia non condivide né la premessa né le conclusioni qui accennate (VIRGA, *op. cit.*, p. 173), i membri del Parlamento « non perderebbero la loro qualifica di rappresentanti nazionali, per il fatto di essere legati da mandato per la difesa degli interessi di gruppi particolari » (in altri termini, la prima delle due regole enunciate dall'art. 67 sarebbe perfino compatibile, in ipotesi, con lo stesso mandato imperativo). Ma si veda anche ROMANO, *Principii*, cit., pp. 166-167, affermando l'esistenza di una norma giuridica

sembrare in contrasto con altri principî costituzionali, i quali consentirebbero invece, di per sé, opposte illazioni ([7]), specie se rapportati a talune disposizioni delle leggi elettorali e dei regolamenti parlamentari ([8]) ed interpretati alla luce della esperienza reale. L'esclusione

« direttiva », prescrivente la necessaria rispondenza della istituzione rappresentativa alla collettività rappresentata, la sanzione della quale potrebbe trovarsi nella temporaneità ed elettività della carica, restando il corpo elettorale « giudice del modo con cui gli eletti hanno corrisposto o meno alla sua fiducia ». Inversamente, che il divieto del vincolo di mandato sia indipendente dal carattere generale della rappresentanza politica e possa aversi, quindi, anche in ordine a forme di rappresentanza tipicamente particolaristica e sezionale, è confermato, in diritto positivo, dall'art. 6 della l. 5 gennaio 1957, n. 33, prescrivente che « i membri del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro non possono essere vincolati da mandato imperativo ».

([7]) Oltre e più ancora che il riconoscimento della funzione costituzionale dei partiti, di cui all'art. 49 Cost., viene qui in considerazione l'art. 1, che, attribuendo *la spettanza* (titolarità ed esercizio) della sovranità *al popolo*, e perciò escludendo la cosiddetta sovranità del Parlamento, implica altresì che l'operato delle Camere e dei loro componenti debba essere conforme agli orientamenti politici popolari (con la conseguente possibilità di scioglimento anticipato *ex* art. 88, allorché si abbiano fondate ragioni per ritenere spezzata tale conformità, naturalmente di massima). E sono proprio i partiti, nella società contemporanea, che convogliano detti orientamenti politici, dando loro espressione organica e precisa. Il vero è che, nel rapporto tra l'art. 67, per la parte che ora qui interessa (divieto del vincolo di mandato), e i principî risultanti dagli artt. 1 e 49, nella loro connessione sistematica, si rispecchia, come in altri settori della Costituzione, il compromesso tra i principî rigorosamente liberali, che vogliono comunque garantita la libertà di coscienza e di azione dei parlamentari, e i principî democratici, che, portati alle estreme conseguenze, condurrebbero invece ad affermare la stretta dipendenza degli eletti dagli elettori, e perciò il mandato di partito, la lista bloccata, la revoca in corso di legislatura, e via dicendo.

([8]) Si vedano, ad es., nel t.u. delle leggi per la elezione della Camera dei Deputati, d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361, le disposizioni che ammettono il solo voto di lista, e persino il voto di lista *implicito* nella espressione delle preferenze (art. 60); quelle sulla utilizzazione dei resti sul piano nazionale (artt. 1, 83 e 84); gli espliciti riferimenti ai partiti, nelle norme sulla presentazione e contrassegni delle liste (artt. 14-16) e sui rappresentanti di lista (art. 17); nonché le norme dello stesso t.u. e della l. 6 febbraio 1948, n. 29, sulle elezioni per il Senato (risp., artt. 86 e 21), prescriventi che la sostituzione degli eletti avvenga sempre entro la medesima lista o gruppo (cosiddetto principio della « conservazione dei mandati »). Ed ancora, tra le numerose norme dei regolamenti della Camera e del Senato sulla obbligatoria appartenenza dei parlamentari ai gruppi politici, sulla rappresentanza proporzionale di tali gruppi nelle Commissioni permanenti (affermata, d'al-

del « vincolo di mandato », ribadita dall'art. 67, può, dunque, soltanto significare un limite al contenuto potenziale di quegli altri, diversi, principî, e quindi esclusione, nella sfera dell'ordinamento costituzionale, di qualsiasi effetto giuridico automatico dei particolari obblighi, eventualmente assunti dai candidati verso i rispettivi partiti ed altri analoghi raggruppamenti organizzati (9).

tronde, anche nell'art. 72 Cost.), sui poteri riconosciuti ai Presidenti dei gruppi stessi, con particolare riguardo all'ordine dei lavori dell'Assemblea e al modo di organizzare la discussione (art. 13-*bis*, Reg. Cam. dep.), la disposizione, specialmente significativa ai fini del raccordo gruppi parlamentari-partiti, per la quale « un gruppo di almeno dieci iscritti può eccezionalmente essere autorizzato a costituirsi dall'Ufficio di Presidenza, purché questa riconosca che il gruppo rappresenta un partito organizzato nel Paese » (art. 26, ult. comma, Reg. Cam.). Del resto, anche le norme della Costituzione, prescriventi che la votazione delle mozioni di fiducia e di sfiducia debba farsi per appello nominale, si possono considerare rafforzative del vincolo di partito, consentendo agli organi dirigenti il controllo sul comportamento dei rispettivi parlamentari e la eventuale conseguente applicazione di sanzioni disciplinari nei loro confronti.

(9) In senso conforme, cfr. specialmente, ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana - Saggi*, Padova 1954, p. 230, testo e nota 38; MORTATI, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V. E. Orlando*, cit., in nota 33 a p. 30 dell'estratto. Dall'art. 67 potrà, dunque, farsi derivare soltanto la inammissibilità che ai rapporti interni di partito (nel loro ambito, perfettamente liberi e leciti, purché non contrastino con altri principî costituzionali inderogabili) ed ai principî del « mandato » politico, possa farsi appello per invocare la decadenza dalla carica del parlamentare dimissionario dal partito ovvero da questo espulso (mentre una tale conseguenza avrebbe potuto fors'anche giustificarsi sulla base del principio della conservazione dei mandati, inteso, nello spirito degli artt. 1 e 49, con riferimento ai partiti, anziché alle semplici liste come tali); od anche, per fare un'ipotesi più realistica, la invalidità di dimissioni con data in bianco, rilasciate dal parlamentare all'atto della candidatura. Ma sarebbe altresì censurabile per violazione dell'art. 67 una legge, la quale desse formale riconoscimento a simili accordi o introducesse direttamente la revoca degli eletti da parte degli elettori? Analogamente, per il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, il divieto posto dall'art. 6 della legge regolatrice, qui sopra riferito, in nota 6, dovrà intendersi soltanto come divieto di mandato *imperativo*, escludendo perciò, per tutta la durata della carica, forme, anche larvate, di revoca dei designati da parte delle organizzazioni designanti. Ché, altrimenti, ove alla disposizione (scaturita, evidentemente, dall'antico pregiudizio) volesse attribuirsi significato di escludere che i membri del Consiglio, chiamati a rappresentare le categorie produttive, debbano portare in seno al Collegio la voce delle ri-

3. *Crisi parlamentari e crisi extraparlamentari, con speciale riguardo ai primi dieci anni di esperienza costituzionale italiana.*

Le conseguenze, sul piano degli istituti parlamentari, di questo grandioso e complesso processo storico (irreversibile nelle sue linee generali, anche se suscettibile di qualche correzione di dettaglio) sono largamente note e sono spesso oggetto di polemiche politiche e di anacronistici rimpianti del tempo che fu: lo schieramento dei parlamentari in occasione delle votazioni è, di solito, scontato in anticipo, perché inflessibilmente predeterminato dagli organi direttivi dei rispettivi partiti; la responsabilità politica del Governo stenta, perciò, ad attuarsi nei confronti delle Camere, e si concretizza piuttosto nei confronti del partito o dei partiti, di cui il Governo è espressione. Da *comitato della maggioranza*, il Governo si trasforma in *comitato del partito* o della coalizione dei partiti di maggioranza (e si parla, infatti, correntemente, nel gergo parlamentare, di « delegazioni dei partiti al Governo »); come tale, in organo-guida della maggioranza (della *sua* maggioranza, che resterà docile e pieghevole, finché non sia altrimenti deciso negli organismi direttivi dei partiti); esplicante un'influenza sempre maggiore sull'ordine dei lavori parlamentari; accentrante in sé l'iniziativa legislativa — vero nucleo attivo e propulsore del sistema, pur nel quadro delle indicazioni, necessariamente più o meno generiche, formulate dal corpo elettorale. In breve, i diversi orientamenti politici non si enucleano più in seno alle Camere, ma nascono e si pongono in concorrenza tra loro già fuori e prima di esse ed egualmente avviene, se non sempre formalmente, almeno nella sostanza per le decisioni relative alle sorti del Governo ([10]).

spettive esigenze particolari, si enuncerebbe un'affermazione in netto contrasto con la specifica funzionalità dell'organo, istituzionalmente preordinato, almeno in parte, a realizzare per l'appunto una forma di rappresentanza di categorie (la cosidetta « rappresentanza degli interessi »).

([16]) Quanto accennato nel testo, consentendo su constatazioni e rilievi che possono considerarsi pacifici nella dottrina più recente, non significa, peraltro, che la determinazione dell'indirizzo politico statale (sopra, in nota 2 al n. 1) si sia trasferita ai partiti (dalle Camere al Governo, quindi, e poi, in una fase ulteriore, dal Governo al partito). La funzione specifica dei partiti, sotto l'aspetto cui ora ci si riferisce, consiste nella elaborazione e puntualizzazione dei rispettivi programmi, ossia di altrettanti indirizzi politici *possibili*, e nell'attività rivolta a far convergere attorno a questi i consensi più larghi,

Se guardiamo per un momento alla esperienza costituzionale italiana dal 1948, ad oggi, vediamo confermata all'evidenza la diagnosi appena accennata.

Nessuna crisi di governo è stata, infatti, provocata dalla votazione in una delle Camere della « mozione motivata di sfiducia », prevista dall'art. 94; due volte solamente, invece, il Governo neo-nominato è stato battuto all'atto della sua presentazione in Parlamento, ossia non ha ottenuto la fiducia iniziale (ultimo Gabinetto De Gasperi, nel 1953; Gabinetto Fanfani, nel gennaio 1954). Tutte le crisi vere e proprie sono state, dunque, extraparlamentari: dimissioni di De Gasperi nel gennaio 1950, dopo l'uscita dei socialdemocratici dal Governo (seguita, ciò nonostante, da un voto di fiducia), per constatata impossibilità di un rimpasto; dimissioni di De Gasperi nel luglio 1951, in conseguenza delle dimissioni dell'on. Pella dal Tesoro, provocate a loro volta da un voto del gruppo parlamentare democratico-cristiano, che ne aveva chiesto la sostituzione; dimissioni De Gasperi nel giugno 1953, successive alle elezioni e al Congresso nazionale d.c.; dimissioni Pella, nel gennaio 1954, e Scelba, nel giugno 1955,

attraverso un'opera incessante di mobilitazione dell'opinione pubblica, che, naturalmente, si fa più intensa, toccando il suo punto culminante, in occasione delle competizioni elettorali, di eventuali consultazioni popolari dirette e nei momenti di crisi politica. La scelta tra i diversi e contrastanti programmi spetta al corpo elettorale, organo del popolo, pur essendo in realtà condizionata dall'azione, organizzativa e di propaganda, dei partiti: in questo senso, è esatto ritenere che, nelle elezioni, la scelta programmatica prevalga di gran lunga sulla scelta dei candidati (CRISAFULLI, *Sovranità popolare*, cit., in nota 32 a p. 126); è lecito altresì affermare che l'indirizzo politico vero e proprio risale in ultima istanza alla volontà popolare e che il partito costituisce elemento determinante del formarsi e del manifestarsi della volontà popolare (anche all'infuori delle elezioni, del resto). Ma, a prescindere dal carattere spesso generico, e talvolta ambiguo, delle scelte in tal modo espresse dal popolo (e saranno, allora, le Camere, e potrà essere in certi casi il Presidente della Repubblica, ad *interpretare* il responso delle urne), resta fermo che la competenza a tradurre il programma in direttiva politica, concreta e specifica, capace di imporsi ad altri organi e di realizzarsi così in azione statale effettiva, appartiene ad organi dello Stato-soggetto (variabili con il variare dei sistemi: e da noi, appunto, al Governo e alle Camere: cfr. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1956, I, p. 126); anche se e quando singole e puntuali decisioni di indirizzo politico vengano adottate dal partito di governo, è per il tramite dei suoi organi istituzionalmente competenti, che esse divengono indirizzo politico statale. Cfr. anche, *infra*, n. 4, testo e nota 15, nonché la nota 24 al n. 6 e la nota 44 al n. 8.

provocate entrambe dal partito di maggioranza; dimissioni Segni, nel maggio 1957, per la presa di posizione contraria al protrarsi della collaborazione governativa di una « corrente » del partito socialdemocratico ([11]).

Il meccanismo, così minutamente regolato dall'art. 94, per la revoca della fiducia, non ha quindi *mai* funzionato, nemmeno sotto l'aspetto meramente formale; le sorti dei Governi sono state puntualmente decise, *nella sostanza e nella forma*, dai partiti della maggioranza, al di fuori delle Assemblee. Degenerazione del sistema? Prassi incostituzionale, o prassi costituzionalmente scorretta?... Per rispondere senza preconcetti a questi interrogativi, è bene ricordare preliminarmente come quanto è avvenuto in Italia non sia poi molto dissimile da ciò che si riterrebbe normale in Inghilterra, dove, come già rilevava il Laski, è sommamente improbabile che un Gabinetto maggioritario sia sconfitto in Parlamento ([12]): come si accennava poc'anzi, discorrendo in generale delle modificazioni subite dal sistema parlamentare per la prevalenza dei partiti rigidamente disciplinati, affinché un Governo maggioritario sia costretto alle dimissioni, bisogna che perda la fiducia della sua maggioranza; e poiché questa è articolata in precise strutture di partito, occorre in realtà che perda la fiducia del partito più forte, od anche di uno dei partiti minori della coalizione governativa (che si abbia, cioè, una rottura della coalizione).

Ma, in Italia, una tale prassi sembra determinare, a prima vista, una situazione di contrasto con specifiche norme della Costituzione, risultanti dal ricordato art. 94, ed è suscettibile quindi di dar luogo a ragionevoli perplessità. Senonché, a ben guardare, le norme dell'art. 94 si volgono a disciplinare l'ipotesi che l'iniziativa del ritiro della fiducia parta dai gruppi parlamentari in seno ad una delle

([11]) Nell'intervallo tra la consegna del manoscritto del presente studio (già pubblicato in *Jus* del giugno 1958) e la correzione delle bozze, altre due crisi, anch'esse extraparlamentari, si sono aggiunte a quelle indicate nel testo: dimissioni del Governo Fanfani nel gennaio 1959, in seguito alle dimissioni del Ministro del Lavoro, on. Vigorelli; dimissioni del Governo Segni, nel febbraio del 1960. Accenneremo schematicamente, entro parentesi quadre, gli ulteriori aggiornamenti, che sia indispensabile apportare al nostro scritto, in relazione a mutamenti di fatto intervenuti dopo il giugno 1958 (*ma, in conformità dei criteri adottati per questa raccolta, non oltre il 1960, data di pubblicazione dello scritto negli « Studi Crosa »*).

([12]) *Op. cit.*, p. 18.

Camere, senza con ciò escludere, a rigor di termini, che altre circostanze possano indurre il Governo a dare le dimissioni. Valgono, cioè, a disciplinare *una delle ipotesi possibili* (considerata, evidentemente, quella normale), ma non *la sola* suscettibile di provocare la crisi ministeriale ([13]).

Dieci anni di vita di una Costituzione sono troppo pochi, per trarre delle conclusioni; si può tuttavia constatare, allo stato dei fatti, che, per questa parte, il tentativo dei costituenti di fissare in formule precise l'istituto della responsabilità politica governativa è rimasto astratto, incapace di incanalare lo sviluppo reale delle forze politiche: proprio l'ipotesi assunta come normale, non ha avuto finora occasione di concretarsi. Probabilmente, la prassi invalsa è stata, in molti casi almeno, poco corretta: meglio sarebbe stato, certamente, che i mutamenti di direttiva dei partiti si fossero tradotti alla luce del sole in pubblici dibattiti parlamentari, sia pure per sboccare, poi, di volta in volta, secondo la logica della disciplina di partito, in un voto di sfiducia (non per nulla il testo costituzionale prescrive che la mozione debba essere « motivata »); e sarebbe anche lecito chiedersi se non sarebbe stato preferibile che il Capo dello Stato avesse respinto, nell'una o nell'altra occasione, le dimissioni del Gabinetto, obbligandolo così ad investire le Camere della crisi e riportando il funzionamento del sistema nell'alveo segnato dalle norme costituzionali ([14]).

4. *Valutazione di tale esperienza: l'art. 49.*

Tuttavia, fatte queste riserve, non sembra possibile disconoscere che le crisi extraparlamentari, verificatesi in Italia, sono conformi allo spirito del sistema costituzionale, nel quale la funzione dei partiti quali mezzi « per concorrere a determinare la politica nazio-

([13]) Nello stesso senso, VIRGA, *La crisi e le dimissioni del Gabinetto*, Milano 1948, p. 26 ss.

([14]) Che ciò sia nei poteri del Presidente è ammesso dalla prevalente dottrina. Non concorderei, peraltro, con l'opinione del VIRGA, *op. ult. cit.*, in nota 47 a p. 30, per il quale, ove il Gabinetto dimissionario non consentisse, il Presidente non potrebbe respingere le dimissioni, per mancanza di un organo che se ne assuma la responsabilità: direi, invece, che il problema è diverso, concernendo l'eventuale obbligo del Governo di presentarsi alle Camere. Ove lo si ammetta, l'atto del Presidente sarebbe da qualificarsi « presidenziale » in senso stretto, e non coinvolgerebbe nessuna responsabilità governativa, beninteso, con le precisazioni di cui appresso (*infra*, nn. 7 e 8).

nale », non è soltanto implicitamente presupposta, ma proprio espressamente riconosciuta dall'art. 49 ([15]). Si ha, dunque, un'alterazione innegabile dello schema parlamentare classico, ma un'alterazione che direttamente deriva dal nuovo sviluppo storicamente assunto da uno degli elementi pur sempre coessenziali al governo parlamentare, quali, appunto, i partiti, e che perciò, lungi dal contraddire la logica di fondo del sistema, può e deve considerarsi ad essa conforme, nel quadro delle mutate condizioni generali della società politica. E potrebbe fors'anche più propriamente dirsi (riprendendo un'osservazoine già fatta in dottrina) che il vero punto di incidenza del fenomeno in esame si ritrova, prima ancora e più che nel meccanismo specifico del sistema parlamentare, nelle stesse istituzioni rappresentative tradizionali, poiché attraverso i partiti (che raggruppano insieme eletti, elettori e cittadini non elettori), si delinea modernamente la tendenza a rendere, in certo qual modo, diretto il rapporto tra Governo e popolo, passando sopra alla intermediazione delle Assemblee.

([15]) Analogamente, ESPOSITO, *op. ult. cit.*, spec. 228-231. La « politica nazionale », di cui si parla nell'art. 49, non si esaurisce, naturalmente, nella « politica generale » del Governo, e quindi, nel senso rilevato sopra in nota 2, dello Stato-soggetto, ma abbraccia anche i particolari (e per loro natura, parziali) indirizzi politici perseguiti, nell'ambito della rispettiva competenza, dagli enti autonomi territoriali. I partiti sono, dunque, uno tra i mezzi, attraverso i quali i cittadini, nell'esercizio della sovranità popolare, concorrono alla direzione politica, sia, su piano nazionale, dello Stato, sia, su piano locale, delle Regioni, delle Provincie e dei Comuni. Non è qui il caso di esaminare quali siano poi i limiti, entro cui gli indirizzi politici degli enti territoriali minori possono legittimamente divergere da quello dello Stato (cfr. GIANNINI M. S., *Autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, I, 873 ss.; MARTINES, *Autonomia politica delle Regioni*, cit., p. 125 ss.; e da ultimo i rilievi critici del MAZZIOTTI, *Considerazioni sul rapporto fra leggi regionali e leggi statali secondo la Costituzione*, Milano, 1957, pp. 34 e 42 ss. dell'estratto provvisorio, restringendo il concetto di « politica » alle sole scelte politiche fondamentali, nella nota ed alquanto nebulosa accezione dello SMEND); ma non si può omettere di notare come la potestà di indirizzo politico di detti enti, per quanto se ne voglia circoscrivere l'ampiezza e per quanto ristretta (variamente, secondo si tratti di Regioni a statuto speciale, di Regioni di diritto comune, di Provincie o di Comuni) sia la materia su cui può esplicarsi, si configuri, dal canto suo, come un limite non trascurabile all'indirizzo politico statale, quindi — in concreto — alla potestà di direzione politica del Governo e della maggioranza parlamentare (*infra*, n. 10).

Naturalmente, una tale funzione determinante dei partiti politici nella prassi costituzionale (sottintesa d'altronde, sotto altri aspetti meno appariscenti, sebbene di notevole rilievo, da non poche disposizioni delle leggi elettorali e dei regolamenti parlamentari [v. sopra, n. 3, in nota (8)] pone, a sua volta, una serie di problemi tra i più suggestivi, ma anche tra i più delicati del diritto costituzionale contemporaneo. Se, infatti, i partiti, pur essendo, dal punto di vista giuridico-formale, semplici organismi privati, sorti sul terreno della libertà di associazione, finiscono tuttavia con l'avocare a sé le grandi decisioni politiche, vincolanti — in fatto — il comportamento dei titolari degli organi costituzionali dello Stato, l'esigenza della garanzia del giuoco democratico e delle libertà individuali si sposta anch'essa, parallelamente, dal piano della organizzazione statale, al piano dell'organizzazione interna degli stessi partiti. Giacché, in tanto la preponderanza dei partiti è configurabile come una forma di democrazia organica, utile per consentire al maggior numero di cittadini una partecipazione attiva e costante (di tutti i giorni, e non delle sole grandi occasioni) alla formazione e al controllo della volontà governante, in quanto i partiti esprimano realmente interessi, aspirazioni, orientamenti, diffusi nei diversi strati della pubblica opinione: in quanto, cioè, abbiano davvero forza rappresentativa immediata ed autentica. Chiarissima, in questo senso, è la norma dell'art. 49: « I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale ». Dove, soggetti del potere di concorrere a tale determinazione sono, dunque, in ultima analisi, *i cittadini*: i cittadini, *attraverso i partiti*, e non già i partiti come tali — che vorrebbe poi dire le direzioni o, peggio, gli apparati, anche se privi di una effettiva investitura, liberamente data e periodicamente rinnovata dagli aderenti, nel rispetto della dialettica maggioranza-minoranza. Dobbiamo qui contentarci di questo rapido accenno; non senza ricordare, da un lato, i noti tentativi fatti in molti Paesi (con esito, per quanto è dato sapere, non sempre felice) di incidere legislativamente su determinati aspetti e momenti della vita dei partiti, per conformarla ai principî fondamentali dei rispettivi ordinamenti costituzionali; e non senza avvertire, d'altro lato, che la difficoltà maggiore del problema sta nella esigenza di assicurare, al tempo stesso, la libertà dei partiti da indebite interferenze, quindi di prevenire il possibile degenerare di eventuali interventi statali, da mezzi di tutela dell'interesse

generale e delle libertà individuali, in mezzi larvati di controllo poliziesco e di illecita pressione per fini di parte.

5. *Problematica relativa ai rapporti tra Capo dello Stato e Governo nelle forme parlamentari classiche: il « bicefalismo » dell'esecutivo; rappresentatività e responsabilità. Schema dualistico e schema monistico del governo parlamentare.*

Fin qui, dunque, le questioni, cui può dar luogo la classificazione del sistema italiano nel tipo parlamentare, sono sostanzialmente comuni ad altri sistemi contemporanei, a cominciare da quello britannico: frutto inevitabile di una evoluzione storica di ampiezza mondiale. Attiene, invece, in modo più particolare al sistema italiano, la problematica che si accentra attorno alla nuova figura del Capo dello Stato, alla natura delle sue attribuzioni, ai suoi rapporti con gli altri organi costituzionali, ed essenzialmente con gli organi di direzione politica, Camere e Governo.

È noto che lo schema parlamentare classico si impernia, per questa parte, sul cosiddetto « bicefalismo » dell'Esecutivo, il cui titolare è, e rimane, il Capo dello Stato, politicamente irresponsabile, mentre l'effettivo esercizio delle relative competenze finisce per trasferirsi, in pratica, ai ministri, politicamente responsabili. Questo è il significato storicamente assunto dalla regola tradizionale (letteralmente riaffermata dall'art. 89 Cost.) della controfirma ministeriale di tutti gli atti del Capo dello Stato: esprimente, dunque, la necessaria partecipazione governativa alla loro formazione; ciò che vuol dire poi, attraverso il meccanismo del rapporto di fiducia, ricondurre gli atti medesimi sotto l'influenza e il controllo della maggioranza parlamentare.

L'idea centrale che, più o meno distintamente, può ritrovarsi al fondo di questa impostazione, venutasi affermando dapprima nella esperienza costituzionale britannica ([16]), è, in sostanza, la stessa che sta alla base della concezione dello Stato moderno rappresentativo. È, cioè, l'esigenza dell'autogoverno della società politica, quindi della necessaria rispondenza dell'azione dei governanti — ed in primo luogo, dell'esercizio del potere di direzione politica — agli interessi ed agli orientamenti dei cittadini (ed in concreto, originariamente,

([16]) Cfr., ampiamente, Rizzo, *La responsabilità regia e le deposizioni dei re inglesi*, Milano 1939.

dei cittadini politicamente attivi): rispondenza che si realizza, nella funzione legislativa, chiamando questi a concorrervi, indirettamente, attraverso il suffragio elettorale; e nella funzione esecutiva, sottoponendone l'esercizio al controllo delle Assemblee rappresentative, e perciò, in ultima analisi, almeno teoricamente, degli stessi amministrati ([17]). Potrebbe dirsi, anzi, che, in un certo senso, rappresentatività e responsabilità si integrano a vicenda, la seconda rafforzandosi e facendosi più rigorosa e precisa laddove la prima rischierebbe, altrimenti, di perdere di concretezza, diluendo in presunzione sem-

([17]) « Une idée se faisait de plus en plus jour: pas plus que le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif ne pouvait pas, ne devait pas, s'exercer à l'encontre des intérêts du pays légal, c'est-à-dire de la masse des électeurs de la Chambre des Communes. Ceux qui auraient l'exercice de ce pouvoir exécutif devaient donc en être responsables devant cet élément, devenu le plus puissant dans l'Etat » (GORDON, *La responsabilité du Chef de l'Etat dans la pratique constitutionnelle récente*, Paris, 1927, p. 28). V. anche, da noi, ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, loc. cit., pp. 251-252: « democrazia nella amministrazione vuol essere dunque, nel nostro sistema costituzionale, autarchia od autoamministrazione del popolo in via diretta o a mezzo di rappresentanti, *o almeno controllo popolare o degli organi rappresentanti del popolo sulle pubbliche amministrazioni* » (il corsivo è nostro). Ma il carattere rappresentativo dell'Esecutivo nel sistema parlamentare costituisce, a ben guardare, opinione comune, ed era già incisivamente posto in rilievo dal BAGEHOT, *La Constitution anglaise*, trad. franc., Paris 1869, p. 14 ss. (« L'Angleterre a un premier magistrat qui est aussi véritablement électif que l'est en Amerique l'homme dont les électeurs font le premier magistrat du pays » - « Une assemblée choisie en principe pour faire des lois, a dans la réalité pour fonction principale de créer et de conserver le pouvoir exécutif »). Il principio della generale responsabilità dei titolari dei pubblici poteri, in stretta connessione con la rappresentatività dello Stato moderno, risulta altresì costantemente affermato nei testi costituzionali della Rivoluzione francese: v. ad es., *Dichiarazione dei diritti*, del 1789, art. 15 (« La società ha il diritto di chiedere conto a ogni agente pubblico della sua amministrazione »); *Dichiarazione*, del 1793, art. 24 (responsabilità di « tutti i funzionari »), art. 29 (« ogni cittadino ha un eguale diritto di concorrere alla formazione della legge ed alla nomina dei suoi mandatari o dei suoi agenti »); *Dichiarazione*, del 1795, artt. 20 e 22 (analoghi rispettivamente, agli artt. 29 e 24, *Dich.*, 1793). Per l'importanza che il principio della responsabilità (civile) dei funzionari pubblici assumeva nelle concezioni politiche dominanti durante la Rivoluzione, cfr., tra i molti, CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Bruxelles, 1947, p. 229 ss. (pur rilevando come la simultanea introduzione della garanzia amministrativa venisse, in pratica, a paralizzare l'applicazione dell'affermato principio: ciò che, tuttavia, non ne sminuisce il valore ai fini che qui interessano).

pre più astratta: e difatti, le più frequenti deviazioni ed eccezioni al principio della responsabilità individuale si riscontrano attualmente con riguardo ai titolari di cariche immediatamente rappresentative (membri del Parlamento), mentre per contro la responsabilità si afferma nella sua interezza, ed in varie forme, con riguardo al potere esecutivo, del quale si tende in tal modo ad assicurare l'effettivo legame con la società politica.

Dove, perciò, il potere esecutivo si incarna nella persona di un monarca, per sua natura privo di carattere rappresentativo, « sacro e inviolabile », e quindi *necessariamente* irresponsabile ([18]), la responsabilità inerente alle relative competenze non potrà che passare ai ministri, scelti nell'ambito della maggioranza della Camera elettiva: con l'ulteriore conseguenza, che ad essi, e non più al monarca, ne apparterrà — almeno in fatto e di regola — l'esercizio ([19]). Laddove,

([18]) Per il diverso carattere che assume la qualifica della irresponsabilità, nelle due ipotesi, di un monarca o invece di un presidente di repubblica, cfr. GORDON, *op. cit.*, pp. 28 ss., 46 ss. e *passim*; ma cfr. anche CROSA, *La monarchia nel diritto pubblico italiano*, Torino, 1922, p. 20.

([19]) Si risponde, infatti, perché si agisce; e inversamente l'esclusione di responsabilità porta con sé, « come conseguenza quasi necessaria e forzata, la mancanza di azione » (LOPEZ DE OÑATE, *Responsabilità e azione*, in *Boll. dell'Ist. di Fil. del dir. dell'Univ. di Roma*, 1940): ecco l'intimo significato razionale della nota formula del Thiers, del re che *regna* ma non *governa*; mentre per contro « là où est la responsabilité, là est le pouvoir » (DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, II, Paris 1927, p. 832), e pertanto, come rileva giustamente il RIZZO (*op. cit.*, p. 259 ss.), sintetizzando l'evoluzione costituzionale britannica, « il potere, di cui si risponde, è passato (dal Re) a quelli che formalmente continuano ad essere considerati suoi consiglieri ». In questo senso, è orientata da tempo la dottrina dominante, per la quale si veda ancora, con larghi riferimenti alla letteratura, GORDON, *op. cit.*, p. 109 ss.; SICA, *La controfirma*, Napoli 1953, spec. p. 8 ss. *Contra*, muovendo forse da uno spunto, peraltro niente affatto univoco, del ROMANO (*Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, Palermo 1898, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, pp. 11-12) una recente dottrina (GUARINO, *Il Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1951, p. 915 ss.): affermando, invece, la natura eccezionale della responsabilità governativa, rispetto alla regola generale della indipendenza ed irresponsabilità degli organi costituzionali e dei loro titolari (ed in senso parzialmente analogo, sebbene poi limitando cautamente la portata della invocata regola alla « sottrazione ad ogni giurisdizione capace di esercitare una pressione fisica sulla persona » e cioè alla immunità in senso stretto, che è cosa diversa, v. anche ORLANDO, *Immunità parlamentari ed organi sovrani*, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1933, I, p. 1). Tesi, che, oltre ad essere in contrasto con i principî che storicamente stanno

invece, l'organo supremo dell'Esecutivo abbia carattere rappresentativo, e siano stabilite la elettività e la temporaneità della carica, altre

a base dello Stato moderno (sopra, nota 17), appare seriamente criticabile sotto svariati punti di vista. Anzitutto, la indipendenza degli organi costituzionali non si confonde con la irresponsabilità né con la immunità dei loro titolari, come riconosceva lo stesso ROMANO, nello scritto cit., rilevando, sulle orme della dottrina più autorevole, che la indipendenza « non importa, si noti bene, la mancanza assoluta di ogni controllo reciproco » e precisando che, ad es., il Gabinetto, se perde la fiducia, si dimette, non si piega alla volontà delle Camere (cioè: è responsabile, ma tuttavia indipendente, e viceversa). Tutt'al contrario (e ciò è ammesso anche dal GUARINO), modernamente vige il principio che i titolari degli organi pubblici sono tutti, in senso lato (e se si vuole, generico), direttamente o indirettamente, responsabili verso il popolo: chiamati, cioè, a render conto del loro operato dinanzi alla pubblica opinione, criticabili, sottoposti al giudizio degli elettori, quando si tratti di organi rappresentativi formati mediante elezione. In questo senso, come poco anzi rilevato, il principio della responsabilità può dirsi immanente nella concezione della rappresentanza politica (qualsiasi Presidente di Repubblica può allora considerarsi responsabile, e tali sono altresì i membri delle Assemblee legislative: a maggior ragione, anzi, quando esista la possibilità dello scioglimento anticipato ed invece la carica presidenziale abbia una durata rigorosamente fissa). Non è, perciò, un argomento contro l'opinione qui accolta, il fatto che irresponsabili siano i cittadini, per il contenuto delle loro manifestazioni politiche (GUARINO, *loc. ult. cit.*, p. 917), ed in particolare in quanto elettori: poiché la rilevata connessione, storica e logica, tra forme di Stato rappresentative e responsabilità implica, ovviamente, che responsabili siano coloro che agiscono *in luogo e nell'interesse del popolo*, ossia coloro che sono preposti ad uffici dell'apparato governante. Mentre, né i cittadini, né il popolo, né gli elettori, né il corpo elettorale, sono organi dello Stato-soggetto (cfr. la nostra *Sovranità popolare*, cit., p. 111 ss.). La sovranità popolare, così come è intesa e congegnata negli ordinamenti a base democratica liberale, presuppone piena ed illimitata libertà politica di ogni cittadino (v., tuttavia, *infra*, in nota 44); ma non sono mancati e non mancano esempi storici di sistemi nei quali è viceversa configurabile una responsabilità del cittadino o elettore di fronte alla collettività (popolo o classe), con il conseguente principio del voto palese. Quanto poi alla *responsabilità politica* propriamente detta (di fronte al popolo o più spesso di fronte alle Assemblee rappresentative: che significa poi, in buona sostanza, revocabilità in qualsiasi momento), non ha molto senso chiedersi se essa costituisca la regola o l'eccezione, trattandosi di un istituto *sui generis*, che implica e presuppone l'esistenza di un rapporto costante di fiducia tra i titolari di certi organi e il popolo o le Assemblee. Di regola, d'altronde, la responsabilità politica, così strettamente intesa, trova piena ed intera applicazione nei confronti del solo Governo o Gabinetto, costituendo espressione e conseguenza del particolare raccordo tra Governo e maggioranza, che qualifica essenzialmente il tipo di governo parla-

soluzioni divengono possibili: tra le quali, la più significativa storicamente, per la sua radicale contrapposizione al sistema parlamentare, quella propriamente « presidenziale », che consiste nel conservare al Capo dello Stato la pienezza dell'esercizio della funzione esecutiva, attribuendogliene però anche, coerentemente con il criterio generale accennato, la relativa responsabilità ([20]).

mentare: così che la inapplicabilità, alla stregua di un ordinamento dato, della responsabilità politica ad altri organi, diversi dal Governo, starà a significare che l'ordinamento accoglie il sistema parlamentare, ma non prova nulla contro la regola più generale che — in regime di libertà e di democrazia — l'azione politica ed amministrativa dei titolari degli organi statali debba essere accompagnata da responsabilità, quali che siano poi le forme che questa può assumere di volta in volta. Infine, quanto alla responsabilità penale, civile, disciplinare, esse possono essere variamente regolate, non soltanto nei diversi ordinamenti, ma altresì, nell'ambito di un medesimo sistema, con riguardo ai preposti ai vari organi costituzionali, sia per ragioni storiche, sia per motivi inerenti alle particolari e specifiche esigenze di funzionalità di ciascuno di tali organi (buone osservazioni in proposito, in COSSIGA, *I membri dei Consigli regionali godono della inviolabilità parlamentare*, in *Rass. di dir. pubbl.*, 1950, II, p. 635 ss.). Ma non vi ha dubbio che, nella realtà storica, le norme limitatrici della responsabilità sono sempre state considerate, quasi intuitivamente, altrettante deroghe ai principî del diritto comune, per la tutela di esigenze politiche ritenute, a torto o a ragione, indeclinabili.

([20]) Per il GORDON, *op. cit.*, p. 25, sistema presidenziale e sistema parlamentare non sono che le due soluzioni parallele che ha ricevuto storicamente il problema della responsabilità del potere esecutivo. Lo stesso A. riconosceva, peraltro, per quanto riguarda il prototipo statunitense della forma presidenziale, che la responsabilità del Presidente vi rimane piuttosto astrattamente affermata, che non concretamente realizzata: rilievo, senza dubbio, esatto, se tale responsabilità venga esclusivamente identificata in quella politico-penale per « tradimento, concussione ed altri gravi delitti e misfatti », che, in pratica, non ha mai funzionato, dopo l'infelice esperimento del 1868, nel caso Johnson [nello stesso senso, cfr., ampiamente, CORWIN, *The President - Office and Powers*, New York 1956 (rist. ed. 1943), pp. 345 ss.]. Resterebbe, tuttavia, la responsabilità presidenziale nei confronti del popolo, nel senso lato di cui alla nota precedente: non soltanto, come per ogni titolare di ufficio elettivo, all'atto della scadenza dalla carica, ma anche, sebbene con contorni ancora più vaghi e con aspetti « carismatici », nel corso del mandato (RIZZO, *La Repubblica presidenziale*, Roma 1944, p. 312 ss.); e restano soprattutto i correttivi della responsabilità dei funzionari, attraverso i quali il Presidente deve di solito agire; del controllo giudiziario sulla legittimità degli atti presidenziali; e della possibilità che i funzionari siano chiamati in qualsiasi momento a dare conto della loro condotta di ufficio davanti ad una Commissione di inchiesta del Congresso (CORWIN, *op. cit.*, p. 356). Sta di

Limitandoci qui alla forma parlamentare classica, la situazione determinatasi con il bicefalismo dell'Esecutivo e la connessa distinzione-rapporto tra irresponsabilità (del Capo dello Stato) e responsabilità (ministeriale) viene per solito rispecchiata, sul piano teorico, nelle diffuse costruzioni concettuali degli atti del Capo dello Stato come *atti complessi*, in quanto derivanti dal necessario concorso di due organi distinti, convergenti verso un solo ed unico risultato terminale, che l'ordinamento giuridico riferisce al Capo dello Stato [atti *su* « *proposta* », come anche spesso si suol dire, avendo riguardo alla circostanza che l'iniziativa della loro emanazione parte, di regola, dal Governo, ed a prescindere adesso dalla contestata esattezza tecnica di tale espressione, alla stregua delle diverse concezioni dottrinali della proposta e dell'atto complesso ([21])].

Lo schema accennato comporta, però, una duplice ulteriore specificazione, alla stregua di due diverse interpretazioni del governo parlamentare: corrispondenti, all'incirca, ad esperienze applicative storicamente diverse. Muovendo, infatti, dall'originaria concezione *dualistica* della monarchia parlamentare, si ritiene talora in dottrina che all'equilibrio del governo parlamentare « vero » o « autentico » sia essenziale la riversibilità (sia pure soltanto possibile, e comunque eccezionale) del rapporto tra i due centri di forza politica del sistema, Corona e Camera elettiva, con la reviviscenza della effettività di talune attribuzioni, sempre formalmente rimaste al Capo dello Stato (rifiuto di assenso ad una « proposta » governativa; revoca del Gabinetto e scioglimento in funzione anti-maggioranza) ([22]). Oppu-

fatto, comunque, che la mancanza di una forma efficace di controllo sul Presidente è generalmente lamentata, dalla stessa dottrina americana, come un inconveniente di quel sistema; così che la circostanza che, di fatto, nella Repubblica presidenziale statunitense, il Presidente agisca senza essere specificamente responsabile, non potrebbe costituire un argomento contro l'opinione qui accolta, nel testo e alla nota precedente.

([21]) La concezione degli atti del Capo dello Stato come atti complessi risale a DONATI (D.), *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Arch. giur.*, 1903, p. 11 ss., seguito dalla dottrina di gran lunga prevalente. Per la compatibilità o meno della figura della *proposta* con quella dell'atto complesso, cfr., ad es., con larghi riferimenti alla letteratura in vario senso, BISCARETTI DI RUFFIA, *La proposta nel diritto pubblico*, Roma 1936, p. 63 ss., e SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 151 ss.

([22]) In questo senso, con riguardo al sistema statutario italiano, GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano 1949, p. 6 ss. È, in sostanza, la concezione classica del sistema parlamentare

re, guardando soprattutto all'esperienza ultrasecolare britannica, qual'è venuta consolidandosi per l'affermarsi di regole convenzionali generalmente rispettate, o all'esperienza costante della Terza Repubblica in Francia, si tende a sottolineare lo sbocco rigorosamente *monistico* del sistema parlamentare, per il quale — non solo *in fatto,* ma proprio *in diritto*; non solo *di regola,* ma *sempre e necessariamente* — al Capo dello Stato non resterebbe più che la nuda titolarità della funzione esecutiva, l'esercizio spettandone invece ormai al solo Governo, espressione della maggioranza. La cosiddetta « proposta » governativa degli atti intestati al Capo dello Stato diverrebbe, dunque, giuridicamente « vincolante »; ogni atto del Capo dello Stato, ad eccezione della nomina del Presidente del Consiglio — per sua stessa natura, affidata ad una più o meno larga discrezionalità del Capo dello Stato medesimo — sarebbe, in ultima analisi, quanto all'iniziativa ed al contenuto, atto governativo, ossia, atto, direttamente o indirettamente, risalente alla maggioranza ([23]).

come sistema di equilibrio (tra Capo dello Stato e Parlamento, ovvero tra Governo e Parlamento), fondato sulla contrapposizione tra potere di votare la sfiducia e potere di scioglimento (rispettivamente, del Capo dello Stato o governativo): cfr. spec. DUGUIT, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, II, Paris, 1903, p. 281 ss., ed anche REDSLOB, *Le régime parlementaire*, Paris 1924, p. 4 ss.; BURDEAU, *Il regime parlamentare*, cit., p. 110 ss. Mentre, però, nell'opinione di DUGUIT, la validità di una tale interpretazione presuppone un ordinamento monarchico, poiché in questo soltanto il Capo dello Stato detiene una forza propria indipendente, viceversa, per il GORDON, *op. cit.*, p. 158 ss., scioglimento e potere di revoca (con ricorso ad un « *Gouvernement de combat* ») non potrebbero concepirsi, in regime democratico, che nelle mani di un Capo dello Stato elettivo, e per giunta reso responsabile (limitatamente a determinati atti). La concezione dell'equilibrio dualistico è stata vivacemente criticata dal MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Roma 1931, p. 27 ss.

([23]) Questa seconda interpretazione è la più rispondente alla realtà dei sistemi parlamentari, almeno in una fase più recente e matura. Per l'Inghilterra, ed anzi proprio con riferimento al cosisddetto periodo aureo del sistema parlamentare classico, la configurazione monistica era già chiaramente affermata dal BAGEHOT, *op. cit.*, pp. 14 ss., 323 ss. (cfr. anche, in generale, GORDON, *op. cit.*, spec. p. 113 ss.; MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions européennes*, cit., spec. p. 67 ss.). Sul piano dogmatico, per il carattere « vincolante » assunto dalla cosiddetta proposta ministeriale e la definizione di atto complesso *ineguale* (sostanzialmente a favore dei ministri) degli atti del Capo dello Stato, DONATI, *Atto complesso*, loc. cit.; *Sulla posizione costituzionale della Corona nel governo monarchico presidenziale*, in *Arch. di dir. pubbl.*,

6. *Impossibilità di applicare automaticamente tali schemi al sistema vigente in Italia: il Presidente non è centro di forze politiche; non è titolare della funzione esecutiva. Il Presidente, organo di dichiarazione; la controfirma. Insufficienza della concezione tradizionale; la funzione cosiddetta « di controllo » del Capo dello Stato, in genere.*

Ora, che un tale schema, nell'una e nell'altra interpretazione, non sia indiscriminatamente applicabile alla forma di governo instaurata in Italia, dovrebbe risultar chiaro dalle pur sommarie constatazioni ed osservazioni seguenti.

Anzitutto, ed in linea generale, può escludersi senz'altro la configurazione dualistica Capo dello Stato-Parlamento, storicamente legata alla presenza del principio monarchico, ancora nel suo pieno vigore, in contrapposizione al nascente principio democratico. « L'Italia è una Repubblica democratica », afferma l'art. 1 Cost., e « La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione ». Tutti gli organi dello Stato-soggetto trovano oggi, pertanto, la fonte, immediata o mediata, dei loro poteri nella volontà popolare, il principio democratico improntando l'intera struttura della comunità statale e dei soggetti governanti. Né, d'altro canto, il Presidente della Repubblica ha dietro di sé la forza della investitura popolare, in fatto diretta e può dirsi plebiscitaria, del

1937, I, pp. 9-10; *Divisione e coordinamento dei poteri nello Stato Fascista*, ivi, 1938, I, pp. 11-12. Con riguardo al sistema attualmente vigente in Italia, preferisce parlare di atti *deliberati*, anziché proposti, dal Governo, il BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano 1957[5], p. 165 ss. (analogamente, SICA, *Controfirma*, cit., p. 78 ss.: atti *adottati* dal Governo; la tesi, per la quale si tratterebbe appunto di atti già completamente deliberati dal Governo, era stata enunciata, in relazione al precedente sistema italiano, dal MORTATI, *Ordinamento del governo*, cit., p. 76, il quale l'ha oggi riaffermata, relativamente ad alcuni tra gli atti intestati al Presidente, nelle *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1958[4], p. 481). Il concetto è indubbiamente adeguato, sotto un certo aspetto, ma tuttavia incompleto, lasciando nell'ombra l'elemento della *iniziativa*, sempre spettante al Governo quanto alla emanazione degli atti, di sua competenza, dichiarati dal Capo dello Stato. D'altro canto, come si vedrà meglio in seguito, quest'ultimo elemento si riscontra anche — necessariamente — per taluni atti di specifica competenza del Presidente, che non sono invece adottati o deliberati dal Governo; e può altresì riscontrarsi, eventualmente, per altri atti pure strettamente « presidenziali » (*infra*, n. 7, testo e note 38, 39, 40, 42 e n. 8 in fine).

Presidente degli Stati Uniti, ad esempio ([24]): non può in alcun modo, perciò, considerarsi come un centro di forze politiche attive, suscettibile di pesare, sull'altro piatto della bilancia, più e nemmeno quanto le Assemblee derivanti dal suffragio universale. L'Italia, infine, è una Repubblica unitaria, anche se (sulla carta del testo costituzionale) articolata in un largo sistema di autonomie, e mancherebbe quindi

([24]) Il quale, nella evoluzione costituzionale americana, e specialmente attraverso il progressivo potenziamento della organizzazione di partito, è divenuto ormai un capo popolare (RIZZO, *Repubblica presidenziale*, loc. cit., e p. 114 ss.), assumendo perciò un carattere rappresentativo ben diverso da quello che può ravvisarsi nella figura del Capo dello Stato nel nostro sistema, come, in genere, nei sistemi di tipo parlamentare (v. anche *infra*, in nota 55 al n. 9). Il primo è, indubbiamente, l'esponente della maggioranza e chiamato ad interpretare l'interesse generale da un punto di vista di partito; il secondo, sia per il modo della elezione, sia in virtù della norma costituzionale che ne fa il rappresentante dell'*unità nazionale*, deve considerarsi automaticamente sganciato, non appena eletto, da ogni orientamento particolare, anche se maggioritario, e chiamato ad interpretare gli interessi permanenti e unitari della comunità statale, nella loro continuità storica e nell'ambito della formula politica del regime. Anche per questa ragione, il Presidente è, negli Stati Uniti, e non è, in Italia, organo di indirizzo politico, essendo nella logica dei sistemi democratici che la direzione politica risalga, direttamente o indirettamente, alla maggioranza popolare. Che poi, in pratica, l'interpretazione degli interessi nazionali abbia carattere discrezionale, e che, in questo senso (improprio), possa parlarsi di un indirizzo presidenziale, con riferimento alla linea di condotta seguita dal Presidente nell'esercizio delle proprie competenze, è tutt'altra questione, che non incide su quanto ora rilevato. Istituzionalmente, infatti, nessuna partecipazione positiva alla determinazione dell'indirizzo politico, inteso nel senso « normativo » di potestà direttiva dell'azione statale, è riconosciuta al Presidente: ove si eccettui, sotto un certo aspetto, il momento della designazione del nuovo Presidente del Consiglio (che ne costituisce il presupposto, e può talora, sebbene sempre entro il limite risultante dal dato dello schieramento delle forze politiche in Parlamento, avere una qualche influenza, nel senso di *favorire* la formazione dell'uno anziché dell'altro programma di governo). È il Governo, che, a norma del già ricordato art. 95 (sopra, nota 2 al n. 1) delibera collegialmente, in Consiglio dei ministri, le direttive generali della propria politica, realizzandole immediatamente nell'ambito della funzione esecutiva, cui è preposto, e promuovendone — in collaborazione con il Parlamento — la trasposizione nell'ordine giuridico normativo, attraverso l'esercizio della funzione legislativa: il Governo, espressione delle Camere (e concretamente, dei gruppi di maggioranza); legato ad esse, e non anche al Capo dello Stato, dal vincolo di fiducia; dinanzi ad esse, e non anche dinanzi a questo, politicamente responsabile (art. 94).

al Capo dello Stato anche quella forza specifica, che, negli Stati Uniti, ha grandemente contribuito all'affermarsi del governo presidenziale, derivante dalla spinta unitaria ed accentratrice di contro alla iniziale tendenza centrifuga degli Stati-membri. È agevole rilevare, infine, per concludere su questo primo punto, che la Costituzione, mentre conserva al Presidente il potere di nomina del Governo, non gli conferisce più quello di revocarlo e lo stesso potere di nomina è, a sua volta, sensibilmente circoscritto, nella discrezionalità della scelta del Presidente del Consiglio, dalla norma dell'art. 94, prescrivente al Governo di presentarsi alle Camere per ottenerne la fiducia entro dieci giorni dalla sua formazione. Sicché dovrebbe ritenersi ormai esclusa la legittimità di un ipotetico ricorso ad un Gabinetto minoritario, di esclusiva fiducia del Capo dello Stato, per attuare, d'accordo con questo, lo scioglimento delle Assembleee ([25]).

In secondo luogo, la titolarità della funzione esecutiva non risulta attribuita, neppure formalmente, al Presidente, mancando qualsiasi traccia testuale della tradizionale configurazione del Capo dello Stato quale « capo del potere esecutivo »; mentre alcuni tra i più impor-

([25]) Ciò non toglie, beninteso, che il Presidente possa sciogliere con la controfirma di un Gabinetto messo in minoranza (che non abbia ottenuta la fiducia iniziale o abbia successivamente riportato un voto di sfiducia), quando eccezionali circostanze lo esigano (sperimentata impossibilità di formare un Governo che superi il giudizio delle Camere; fondati indizi di sopravvenuta non corrispondenza dello schieramento parlamentare ai reali rapporti tra le forze politiche nel Paese: per limitarsi, qui, ai soli esempi connessi all'ipotesi di Governo messo in minoranza). Come si vedrà, infatti, lo scioglimento rientra tra i poteri « presidenziali », la controfirma del relativo decreto assumendo pertanto un valore giuridico diverso rispetto a quella richiesta per gli atti sostanzialmente governativi (*infra*, nn. 7-8). Quel che sembra debba escludersi, dunque, non è lo scioglimento-limite alla maggioranza, imposto dalle condizioni del momento, né lo scioglimento rivolto a superare un'*impasse* che rischierebbe di paralizzare il funzionamento del sistema; ma quello, per dir così, preordinato e rivolto a far prevalere una politica personale del Presidente, appoggiantesi su gruppi minoritari. Altro è, insomma, che il Capo dello Stato, dopo avere inutilmente tentato più volte consecutive di formare un Governo che ottenga la fiducia, deliberi lo scioglimento, per dar modo al corpo elettorale di esprimere *una maggioranza qualsiasi*, altro che egli si assuma l'iniziativa di nominare Presidente del Consiglio il *leader* di un partito di minoranza o una personalità extra-parlamentare (un suo « uomo di paglia »), procedendo allo scioglimento prima e senza la presentazione del Governo alle Camere, prescritta dall'art. 94, terzo comma, Cost. *Contra*, però, BALLADORE PALLIERI, *Costituzionale*, cit., p. 163.

tanti atti, tipici del potere esecutivo nelle forme parlamentari, sono espressamente riferiti come al loro titolare, al solo Governo, definito dall'art. 92 come composto dal Presidente del Consiglio e dai ministri (è il Governo, che ha l'iniziativa delle leggi, che presenta i bilanci e il rendiconto consuntivo, che adotta i decreti-legge; è al Governo, che può essere fatta la delegazione di potestà legislativa ([26]). Parallelamente, è conservata, però, la competenza del Presidente di concorrere alla formazione di numerosi atti, ormai indubbiamente governativi (come anche di atti degli organi legislativi: leggi, deliberazione dello stato di guerra), con una propria attività: la quale, di solito, si manifesta contestualmente con l'attività deliberativa del Governo (o, quand'è il caso, degli organi legislativi), dando vita, insieme con questa ad un solo e medesimo atto; talvolta, invece, si esprime in un atto separato e per sé stante, come nel caso della « autorizzazione » all'esercizio dell'iniziativa legislativa del Governo o della « dichiarazione » dello stato di guerra, deliberato dalle Camere.

Sotto questo aspetto, si ha, dunque, almeno a prima vista, l'impressione che la nuova Costituzione abbia tratto (al pari, sebbene con

([26]) Cost., artt. 71, 76, 77, 81. Analogamente deve ritenersi per i regolamenti, che sono anch'essi *emanati* dal Presidente, al pari dei decreti-legge e delle leggi delegate (art. 87, quinto comma). Qualche dubbio può sorgere, invece, per i provvedimenti di amnistia e di indulto, che l'art. 79, nella sua dizione letterale, sembra riferire al Presidente della Repubblica (mentre la comune delegazione legislativa è riferita al Governo). Cfr., in proposito, anche per indicazioni della dottrina in vario senso, PALMERINI, *Profili costituzionali dell'amnistia e dell'indulto*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1954, I, p. 70 ss., e spec. 96 ss. (affermando che si avrebbe qui una sorta di atto complesso cui concorrerebbero Parlamento e Presidente, con esclusione del Governo); BARTHOLINI, *La delegazione legislativa in materia di amnistia e indulto*, ivi, 1955, pp. 2-3, 481 ss. (mostrando, nel corso del ragionamento, di ritenere che alla formazione dell'atto, quanto meno, partecipi il Governo, ma affermando poi una diversità con le leggi delegate, altro essendo « che il Presidente emani un atto al cui compimento è stato delegato, e altro che emani un atto diretto a dichiarare un deliberato col quale il Governo esercita una potestà delegata... a sé medesimo »). Senza voler qui dare risposta definitiva a questi interrogativi, si propenderebbe a far rientrare i provvedimenti di amnistia e indulto nella competenza governativa (cfr. SICA, *Controfirma*, cit., p. 177 ss.), aderendo così alla prassi fin qui seguita (detti provvedimenti sono stati emessi « su proposta » governativa), anche per la considerazione pratica (che, del resto, non è sfuggita al PALMERINI) che soltanto in tal modo può configurarsi una precisa responsabilità dell'organo delegato per l'atto formato in attuazione della rispettiva legge di delegazione, assicurandosi concretamente il necessario rispetto della volontà parlamentare.

minore decisione e coerenza, di quella francese ([27]) le estreme conseguenze logiche della ricordata evoluzione delle forme parlamentari, andatasi orientando come accennato, nel senso di sottrarre al Capo dello Stato l'esercizio della funzione esecutiva, per concentrarlo nelle mani del Governo responsabile. Il « bicefalismo » dell'Esecutivo appare, infatti nella vigente Costituzione, superato, con l'esclusione, normativamente consacrata, del Capo dello Stato, che verrebbe a porsi così fuori della tradizionale tripartizione dei poteri ed al quale spetterebbe — di regola — dichiarare all'esterno, quale Capo dello Stato e rappresentante dell'unità nazionale (secondo la esatta dizione dell'art. 87), volontà che resterebbero altrimenti volontà interne di organi (e perciò, dichiarare volontà formate, in tutto o in parte, *da altri organi*), operandone in tal modo il riferimento giuridico allo Stato come soggetto unitario ([28]). Con specifico riguardo agli atti go-

([27]) [Del 1946] nella quale risulta addirittura formalmente l'attribuzione al Presidente del Consiglio del compito di assicurare l'esecuzione delle leggi (art. 47: la potestà regolamentare, dunque, in esso implicita, viene, anche quanto alla emanazione, interamente sottratta al Capo dello Stato) nonché delle nomine a « tutti gli impieghi civili e militari », ad eccezione di certe alte cariche dello Stato e dei magistrati, la cui nomina spetta, invece, al Presidente della Repubblica « in Consiglio dei ministri » (art. 30). Anche l'iniziativa legislativa del Governo è attribuita al Presidente del Consiglio, senza alcun concorso del Capo dello Stato. Essendo, tra l'altro, lo scioglimento rigorosamente governativo (art. 51), la promulgazione delle leggi strettamente obbligatoria, salva l'ipotesi del rinvio per nuova deliberazione (art. 36, dov'è stabilito che, « in mancanza di promulgazione da parte del Presidente della Repubblica, nei termini fissati dalla presente Costituzione, vi provvede il Presidente della Assemblea nazionale »), la sola competenza di qualche rilievo del Capo dello Stato si riduce alla designazione del nuovo Presidente del Consiglio ed al rinvio delle leggi con messaggio motivato [v. però, adesso, la Costituzione del 4 ottobre 1958].

([28]) Che siano da distinguere, anche in sede di teoria generale, atti di organo e atti dello Stato, era esaurientemente dimostrato, con speciale (ma non esclusivo) riguardo alla figura dell'atto complesso, dall'ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, in *Ann. Univ. Camerino*, 1932, p. 52 ss. (cfr. anche, dello stesso A., *La validità delle leggi*, in *Ann. Univ. Camerino*, 1934, spec. 241 ss., 329 ss., 341, 352 ss., nonché la voce *Legge*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1938, nn. 7-8). Applicazioni di questa concezione al vigente sistema italiano, si rinvengono nel SICA, *Controfirma*, cit., p. 106 ss. e, con diversi sviluppi, nel BARTHOLINI, *La promulgazione*, Milano, 1954, *passim*. e spec. 247 ss., 308 ss. Per il precedente ordinamento, oltre agli scritti adesso cit. dell'ESPOSITO, v. già, CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1914, pp. 894, 903-904 (organi *deliberanti*, perché competenti a formare la volontà dello Stato, senza dichiararla: ad es., Consiglio dei ministri, Consiglio comu-

vernativi, la dichiarazione formale da parte del Capo dello Stato (necessaria ai fini della stessa esistenza dell'atto) ([29]), sarebbe richiesta, tendenzialmente, per i più importanti tra essi e risponderebbe al criterio politico di cancellarne ogni carattere *di parte* ([30]), stante la diversa posizione strutturale nel sistema dell'organo deliberante (Governo, portatore dell'indirizzo politico) e dell'organo dichiarante (Presidente della Repubblica, organo sganciato da qualsiasi orientamento politico contingente). Negli stessi termini sarebbe, allora, da definire (ma con maggiori difficoltà, come vedremo tra breve) la competenza, pure attribuita al Presidente, di partecipare alla formazione di taluni atti, che si rivolgono a produrre effetti giuridici diretti, limitatamente all'interno dell'organizzazione statale, restando, cioè, atti *di organo* nei confronti di altri organi: dalla « autorizzazione » all'esercizio dell'iniziativa legislativa del Governo, ai « messaggi » alle Camere; dal decreto che fissa la prima riunione di queste, alla loro convocazione straordinaria. Singoli dettagli a parte, non si avrebbe insomma nulla di nuovo e di diverso, quanto alla sostanza, dalla nota situazione determinatasi in tutti gli ordinamenti di tipo parlamentare al termine del ricordato processo storico di trasferimento, dal Capo dello Stato al Governo, della effettività di esercizio della funzione esecutiva; solo che il Governo ne avrebbe, nel nostro sistema, anche la titolarità formale.

nale, ecc.; e organi *rappresentanti*, che « oltre a formare o concorrere in qualche misura a formare la detta volontà, la dichiarano con effetti giuridici di fronte ai terzi: ad es., Re, ministri, prefetti, ecc.).

([29]) Ciò che differenzia la « emanazione » degli atti governativi (normativi e non) dalla promulgazione delle leggi, per il resto analoghe (cfr. anche nota 41 al n. 7), è, infatti, che in quest'ultima ipotesi si hanno più atti distinti, che si sommano e, se si vuole, si fondono nell'atto terminale o idoneità delle deliberazioni legislative delle Assemblee a produrre determinati effetti prodromici e parziali (per i quali, cfr. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano 1957, p. 361 ss.). Nella prima ipotesi, invece, senza la emanazione da parte del Presidente, nessun atto giuridico viene in essere e il comportamento (attività) precedente, del Consiglio dei ministri o del ministro diventa *inutile* (come dice FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi di diritto pubblico*, Roma 1937, p. 463, riprendendo, non senza dichiarata esitazione, una espressione di A. SCIALOJA). Semmai, potrebbe riconoscersi qualche effetto giuridico parziale dell'attività governativa, *come fatto*: per es., ai fini di mettere in giuoco una eventuale responsabilità del Governo per quanto da esso intrapreso e deliberato.

([30]) SICA, *Controfirma*, cit., pp. 106, 109, 196 ss.

In altri termini, tutto ciò significa che dovrebbe ritenersi ancora sussistente nella sua integrità la regola tradizionale, in apparenza ribadita dagli artt. 89 e 90 Cost , per la quale *tutti* gli atti, comunque attribuiti al Capo dello Stato, sono in realtà atti del Governo, che, *per tal motivo*, li controfirma e, controfirmandoli, ne assume la responsabilità politica. Questa può sembrare, certamente, l'interpretazione più ovvia, alla stregua dei principî generali del tipo parlamentare, della formula letterale dell'art. 89: « Nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità. Gli atti che hanno valore legislativo e gli altri indicati dalla legge sono controfirmati anche dal Presidente del Consiglio dei ministri » ([31]). Ma è altrettanto certo che, proseguendo per questa via, si rischierebbe di giungere a risultati seriamente discutibili sul piano logico, e per di più contrastanti con i dati ricavabili da una attenta lettura (una lettura

([31]) Così, ad es., GALEOTTI, *Posizione costituzionale*, cit., pp. 14, 17-18, 28 ss. (tuttavia differenziando la competenza presidenziale da quella governativa, e definendo la prima come « funzione di controllo », con la conseguenza di ritenere poi inapplicabile la figura dell'atto complesso, per la eterogeneità delle due attività concorrenti, e parlando invece di *atto-procedimento*; e più tardi, nello scritto *Il rinvio presidenziale di una legge*, in *Rass. di dir. pubbl.*, 1950, I, pp. 49 ss., di *atto composto*); SANDULLI, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1950, p. 149 ss. e spec. 154, 157 (affermando, viceversa, che il Capo dello Stato concorrerebbe alla formazione dell'atto con una volontà giuridicamente omogenea rispetto a quella del Governo e considerando perciò sempre applicabile la nozione dell'atto complesso). Sostanzialmente analoga, quanto ai risultati pratici, ma più elastica e sottile nella formulazione, è l'opinione dell'ESPOSITO (*La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958, nota 70), per la quale la norma dell'art. 89 imporrebbe di *considerare* sempre i ministri quali proponenti degli atti del Capo dello Stato: non si tratterebbe tanto, però, di vedere se, in concreto, essi vi abbiano realmente partecipato consentendo o deliberando, quanto piuttosto di affermare che, per ogni atto del Presidente, l'ordinamento giuridico configura un responsabile, individuandolo nel ministro controfirmante. Sembra tuttavia che, così argomentando, la conclusione torni ad essere quella tradizionale, giacché, se la responsabilità è comunque governativa, il Governo sarà indotto a considerare tutti gli atti emanati dal Capo dello Stato alla medesima stregua e si riterrà perciò, e sarà, legittimato a ricusare la controfirma secondo libera valutazione di opportunità politica, con la conseguenza di paralizzare l'esercizio della competenza del Presidente. E cioè, non vi sarebbe più una competenza propria del Presidente: ma contro una tale conclusione, cfr. quanto rilevato oltre ai nn. 7 e seguenti.

che non si arresti alle formule, ma badi a cogliere la logica interna degli istituti) del testo costituzionale.

Si pensi, per un momento, al caso della « autorizzazione » presidenziale all'esercizio dell'iniziativa legislativa del Governo: autorizzazione, soggetta anch'essa, come ogni atto del Capo dello Stato, all'obbligo della controfirma. Orbene, se la controfirma dovesse anche qui implicare concorso *determinante* del Governo alla formazione dell'atto, la partecipazione del Presidente limitandosi alla mera dichiarazione di un deliberato altrui, ci troveremmo di fronte ad una grossa incongruenza logica, perché il Governo, in fin dei conti, autorizzerebbe se stesso. Né trattandosi di atto interno; di atto tipicamente espressione di un particolare indirizzo politico, impersonato dal Governo; e di atto per giunta, il cui solo effetto giuridico sta nell'iniziare il procedimento legislativo in seno alle Camere, potrebbe considerarsi ragione sufficiente del necessario intervento dichiarativo del Presidente quella esigenza di oggettivizzazione e spoliticizzazione immediata, cui si è innanzi accennato come ad un primo possibile criterio tendenziale seguito dal costituente nel richiedere, per certi atti del Governo, il concorso presidenziale. La « autorizzazione » del Capo dello Stato, ricostruita secondo lo schema tradizionale, sarebbe dunque, sotto ogni aspetto, un atto superfluo, e tutt'al più una reminiscenza male assimilata del sistema statutario, nel quale il Re aveva (art. 10), ed esercitava insieme con il Governo, l'iniziativa delle leggi, ma poi, nella prassi invalsa, si limitava ad autorizzarne con suo decreto l'esercizio da parte dei ministri. Viceversa, la coppia autorizzazione presidenziale-proposta di legge governativa può avere un senso, in quanto serva a mettere in evidenza il collegamento funzionale tra due atti, esplicazioni di competenze *qualitativamente* diverse (la proposta di legge, atto del Governo; l'autorizzazione, atto del Presidente, tuttavia controfirmato), rivelando altresì come la competenza presidenziale non possa esaurirsi nel puro e semplice dichiarare.

7. *Gli atti cosidetti « presidenziali », in particolare: per taluni di essi si configura una « proposta » governativa istituzionalmente necessaria ovvero soltanto possibile.*

Muovendo da quest'ultimo spunto, si è dunque indotti a dubitare che l'esclusione del Capo dello Stato dal potere esecutivo significhi necessariamente impoverimento della posizione costituzionale dell'organo, e non abbia al contrario per conseguenza un più spiccato rilie-

vo delle attribuzioni, conferitegli o confermategli dalla Costituzione, proprio perché ed in quanto ormai distinte, anche formalmente, da quelle governative ([32]). In generale, vien fatto di osservare che altro è che la competenza a dichiarare costituisca corollario della titolarità o contitolarità di una funzione, e semplice residuo storico, perciò, di un originario concorso pieno all'esercizio di essa, altro che sia inizialmente istituita dall'ordinamento, come propria e specifica funzione di un apposito organo, staccato dal relativo potere (in senso soggettivo); altro ancora, del resto, che l'organo dichiarante sia un monarca irresponsabile (che, come è stato argutamente detto per il Re inglese, sarebbe obbligato a firmare la propria stessa condanna a morte, se così fosse deciso dal Parlamento) ([33]), altro, invece, che sia un Presidente di Repubblica, vincolato da giuramento di « osservanza alla Costituzione » (art. 91 Cost.), eletto a tempo determinato, genericamente e — talora — specificamente responsabile (art. 90). In questa ultima ipotesi, che ricorre appunto per il vigente ordinamento italiano, non sembra che l'esercizio della competenza a dichiarare possa avere carattere puramente automatico ed essere fine a sé stessa, e pertanto la giustificazione più profonda dell'attribuzione di essa al Capo dello Stato dovrà cercarsi in esigenze di sistema diverse e maggiori di quelle generiche ragioni di opportunità che si sono indicate nel precedente paragrafo (e che, d'altronde, si è visto non essere invocabili, quanto meno nei riguardi di uno degli atti di competenza del Presidente, quale la più volte ricordata « autorizzazione » all'iniziativa delle leggi).

Si impone, dunque, un passo avanti ulteriore, rispetto alla prima e più superficiale impressione ricavabile, ad apertura di libro, dal modo in cui il bicefalismo dell'Esecutivo risulta, nell'attuale sistema italiano, superato; ed a tal fine, non si può prescindere dal convincimento, assai diffuso nella dottrina, sebbene con diversità di formu-

([32]) La tendenza a differenziare qualitativamente le attribuzioni del Capo dello Stato da quelle del Governo, sostanzialmente insita nella logica del bicefalismo dell'Esecutivo e culminata appunto — com'è accennato nel testo — in talune forme più recenti del sistema parlamentare, tra cui la nostra, era già rilevata dal BURDEAU, *op. cit.*, p. 118 ss., e poi, più esplicitamente, dal VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris 1949, p. 426 ss. (cfr. anche sopra, nota 27 al n. 6).

([33]) BAGEHOT, *op. cit.*, p. 99. Cfr. anche la lettera di Lord Elsher a Giorgio V (1913), riferita da JENNINGS, *Cabinet Government*, Cambridge 1951, p. 313.

lazioni e di accentuazione, di una funzione, in largo senso, di « garanzia » o di « controllo » preventivo (di costituzionalità formale, od anche di merito; con effetti sempre e soltanto sospensivi, od anche talora preclusivi; risolventesi in comportamenti omissivi ovvero anche in determinati interventi attivi) spettante al Capo dello Stato, organo moderatore e coordinatore imparziale, « guardiano della Costituzione » ([34]).

In quest'ordine di idee, viene, allora, in particolare considerazione la categoria, pur variamente intesa nella sua estensione, degli atti detti « presidenziali » in senso stretto o per antonomasia, nei quali sarebbe preminente il ruolo del Capo dello Stato, a differenza degli altri, da esso tuttavia emanati, ma da considerarsi, invece, secondo i criteri tradizionali, come sostanzialmente governativi. Nell'opinione

([34]) Lo stesso SANDULLI, *Presidente*, cit., pp. 157-158, che è avverso a considerare come attività di controllo (ma assumendo il concetto in senso tecnico e strettissimo) la partecipazione del Capo dello Stato agli atti governativi, ammette, tuttavia, che, « sul piano politico », sia possibile qualificare complessivamente in tal modo il ruolo ad esso attribuito dalla Costituzione. Per il resto, i rilievi critici del SANDULLI contengono, certamente, un considerevole nucleo di verità: è pacifico (si rileggano ad ogni modo, sul punto, le considerazioni del FORTI, *Atto e procedimento*, loc. cit.), che un atto si definisce per l'effetto giuridico, non per la funzione politica; e quando si parla comunemente, per la competenza del Capo dello Stato nel vigente ordinamento, di una funzione « di controllo », in sostanza si dà una descrizione in termini teleologici dell'attività da esso esplicata, senza con ciò qualificarne come atti di controllo vero e proprio le singole manifestazioni. Altrimenti detto, si vuole porre in evidenza la diversità degli interessi, perseguiti da ciascuno dei due organi concorrenti all'atto, comune ad entrambi restando, invece, il risultato giuridico finale (MORTATI, *Istituzioni*, cit., p. 244 ss.; il quale, peraltro, a p. 482, non ritiene poi di valersi di siffatta impostazione generale, ai fini della configurazione giuridica degli atti del Capo dello Stato, sostenendo che molti tra questi non sarebbero atti complessi per la eterogeneità degli interessi dei vari organi partecipanti: conclusione che, come si vedrà tra breve, sembra doversi accogliere per tutti, indistintamente, gli atti intestati al Presidente). Può aggiungersi che, oltre tutto, sarebbe inesatto escludere senz'altro (come fa il GALEOTTI, *Posizione costituzionale*, cit., p. 25) una funzione *attiva* del Presidente, la quale viceversa esiste anch'essa, in talune ipotesi (designazione e nomina del Presidente del Consiglio, ad es.; scioglimento; decreto che indice le elezioni o il *referendum*; convocazione delle Camere), anche se pur sempre coordinata a generiche finalità di garanzia e di controllo costituzionale; così come sembra inadeguato ridurre l'idea del controllo presidenziale entro lo schema rigoroso di un controllo meramente giuridico. Ma su tutto ciò, cfr. oltre, nel testo e nelle note seguenti.

comune, meno tecnicamente consapevole, affiora spesso il concetto che i primi siano sempre atti risalenti alla iniziativa del Presidente e da questo determinati, nel loro contenuto dispositivo, in modo essenzialmente discrezionale; senonché, ad una analisi più rigorosa, dovrebbe risaltare viceversa la notevole eterogeneità della categoria, nella quale s'inseriscono, accanto ad atti indubbiamente discrezionali, atti vincolati ed obbligatori; ed accanto ad atti, l'iniziativa della cui emanazione non può non essere — almeno, per regola generale — del Presidente, altri, per i quali, tutt'al contrario, una attività governativa di iniziativa e proposta si configura strutturalmente necessaria.

L'elemento caratteristico unitario dovrebbe perciò farsi consistere piuttosto, dal punto di vista sostanziale, nella incompatibilità funzionale di tali attribuzioni, quale che ne sia poi di caso in caso l'importanza politica, con la competenza istituzionale del Governo, nella duplice figura di organo maggioritario di indirizzo politico e di organo costituzionale, e teoricamente imparziale, della funzione amministrativa. È, dunque, dalla intrinseca natura di ciascuna di esse, dal loro risolversi, cioè, in limite dell'indirizzo politico ed in puntuale garanzia dell'ordinato svolgimento del sistema, oltre che, a volte, dalle stesse modalità di esercizio costituzionalmente prescritte, che dovrebbe mostrarsene, sia la irriducibilità alla amministrazione in senso stretto (come attività diretta al perseguimento di singoli e individuati o individualizzabili interessi pubblici), sia, per altro verso, la diversità qualitativa dall'attività propriamente politica del Governo, e pertanto l'appartenenza, invece, alla competenza specifica di un organo, quale il Presidente della Repubblica, indipendente dalla maggioranza e chiamato a garantire, al di sopra delle parti e degli orientamenti politici contingenti e particolari, gli interessi unitari e permanenti della comunità statale.

Dal punto di vista giuridico-formale, tale caratteristica comune si risolve nel rilievo che, esercitando questo complesso di attribuzioni, il Capo dello Stato non dichiara deliberati altrui, ma deliberati propri, perché il potere, di cui l'atto è espressione, appartiene ad una sua propria competenza, distinta e diversa da quella del Governo, nell'una o nell'altra veste che questo può assumere.

Alle attribuzioni « presidenziali » sarebbero, così, da ascrivere: il potere di accettare o respingere le dimissioni del Governo, di conferimento dell'incarico di formare un nuovo Governo e infine di no-

mina del Presidente del Consiglio ([35]); il potere di inviare messaggi alle Camere (art. 87, primo comma — che sarebbe, oltre tutto, inutile, se riferito al Governo, il quale è in costante contatto con le Assemblee e può in ogni momento farvi sentire la propria voce) ([36]); lo

([35]) Questi atti, del resto, anche con riguardo alla forma parlamentare classica, sono sempre stati considerati come risalenti alla discrezionale determinazione del Capo dello Stato, anche se e quando controfirmati: con la ovvia conseguenza, che la controfirma non poteva assumervi il medesimo significato che le veniva riconosciuto per tutti gli altri atti del Capo dello Stato. Per quanto, più particolarmente, concerne il nostro attuale sistema, nel quale la nomina del Presidente del Consiglio è controfirmata dal neonominato, sarebbe anche possibile, per amor di tesi (volendo, cioè, mantenere fermo ad ogni costo il legame necessario tra controfirma, responsabilità politica e determinazione governativa del contenuto degli atti del Capo dello Stato), ritenere che il nuovo Presidente del Consiglio, accettando la preposizione all'ufficio sulla base di un certo programma di Governo, di cui egli è portatore, nonché di una certa distribuzione dei « portafogli » ministeriali, da lui stabilita e concordata con i gruppi di maggioranza, assuma responsabilità politica per la soluzione in tal modo data alla crisi con il suo sostanziale e determinante concorso (sostanzialmente in questo senso, MORTATI, *Istituzioni*, cit., p. 389). Ma una simile concezione sarebbe assolutamente insostenibile con riguardo al conferimento dell'incarico (« designazione »), precedente la nomina, che rappresenta, nel complesso procedimento di formazione del Governo, il momento di massima espansione della discrezionalità presidenziale e che è controfirmato dal Presidente del Consiglio tuttora in carica (dimissionario), del quale non è configurabile una sia pur minima partecipazione effettiva alla scelta del successore, a parte, beninteso, le valutazioni e i suggerimenti che avrà potuto esprimere nel corso delle consultazioni d'uso (cfr. in materia, anche per larghe indicazioni della prassi antica e recente, ELIA, *Appunti sulla formazione del Governo*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 5).

([36]) Conformemente alla lettera e allo spirito del testo, i « messaggi » propriamente detti sono atti formali, rivolti esclusivamente alle Camere (trasmissione o lettura orale concretando soltanto modi diversi di portarli a conoscenza degli organi destinatari), il cui contenuto può essere svariatissimo: si pensi alla differenza tra il messaggio di insediamento, o un messaggio di circostanza, meramente celebrativo, e quello che accompagna il rinvio della legge o il messaggio con cui il Presidente renda nota e motivi la decisione di non promulgare una legge o di rifiutare l'emanazione di un atto governativo. In genere, però, e prescindendo dalle due prime ipotesi (nelle quali il messaggio si risolve, per così dire, in sé stesso), sembra trattarsi di un potere strumentale rispetto all'esercizio degli altri poteri del Capo dello Stato. Non rientrano, invece, tra i messaggi disciplinati dall'art. 87, primo comma, le dichiarazioni di volontà, di giudizio, di sentimenti, rivolte dal Presidente al Governo o a singoli ministri (per suggerire, ad esempio, senza alcuna efficacia vincolante, determinate misure, ovvero per richiedere delucidazioni, o per manifestare

scioglimento delle Camere (regolato dall'art. 88 in modo da farne risaltare, se non il carattere di atto sempre e soltanto di iniziativa presidenziale, quanto meno e certamente di atto implicante in ogni caso una partecipazione decisiva dell'apprezzamento e della volontà del Presidente: consultazione obbligatoria dei Presidenti delle Assemblee, divieto di esercizio negli ultimi sei mesi della carica presidenziale) ([37]); il potere di rinvio delle leggi, prima di promulgarle, per nuova deliberazione (art. 74 — che, anch'esso, almeno di regola, appare strutturalmente incongruo con la normale posizione del Governo, espressione della maggioranza; pur non potendosi escludere l'ipotesi eccezionale di una diversificazione di interessi e di vedute, tra il Governo in carica e la maggioranza, cui risaliva l'approvazione della

dissenso quanto al merito degli atti sottopostigli, per farne rilevare eventuali vizi di forma; e persino, quando il Presidente non ritenga di denunciare il conflitto così insorto alle Camere, per motivare il rifiuto di emanarne taluno), i quali non sono, per loro natura, destinati ad esser resi pubblici, limitando i loro effetti alle relazioni interorganiche tra Capo dello Stato e Governo (*infra*, n. 8, nel testo e nota 52). Si comprende agevolmente, allora, perché, in ordine a questi ultimi e a differenza dai messaggi alle Camere, non sia richiesta né forma tipica né controfirma governativa. Ancora diverse sono, a loro volta, le pubbliche dichiarazioni rese dal Capo dello Stato, per iscritto od oralmente, nei confronti dei cittadini, di organi ed istituzioni pubbliche diverse dalle Camere (messaggi alle Forze Armate, ad esempio), di Capi di Stati esteri, ecc., che devono essere previamente concordate con il Governo o con il ministro competente, non costituiscono perciò esplicazione di una competenza propria del Capo dello Stato, non sono atti giuridici. Su tutto ciò, v., però, *contra*, MOTZO, *Il potere presidenziale di esternazione e di messaggio*, in *Arch. giur.*, 1957, pp. 1-2; sui messaggi, in genere, anche CERETI, *I messaggi presidenziali*, in *Studi in onore di G. M. De Francesco*, Milano 1956.

([37]) Se non vi fosse il dato di una tale disciplina positiva, vi sarebbe stato anche luogo a dubitare della natura presidenziale o governativa dello scioglimento: in favore di questa seconda alternativa potendosi addurre il precedente di altri sistemi parlamentari; in favore della prima, ormai solitamente accolta da noi anche in sede politica, la maggiore congenialità con lo spirito del sistema italiano vigente, che è di escludere l'onnipotenza della maggioranza, attuando per contro una serie di limiti a garanzia della formula politica costituzionalmente adottata. Il procedimento prescritto, che offre qualche analogia con quello consuetudinario delle « consultazioni » del Capo dello Stato per la designazione del Presidente del Consiglio, rappresenta, dunque, l'argomento decisivo per risolvere la questione nel senso della competenza presidenziale. Naturalmente, potrà anche avvenire che, in taluni casi, sia il Governo a proporre lo scioglimento, ovvero che il Governo abbia a consentire sulla opportunità dello scioglimento, deliberato dal Capo dello Stato.

legge) ([38]); il potere di nomina di un terzo dei giudici costituzionali (art. 135, primo comma — che, se fosse di competenza governativa, rischierebbe di precostituire in seno alla Corte una maggioranza conforme alla maggioranza parlamentare scemando in partenza, almeno agli occhi del pubblico, la indispensabile rigorosa imparzialità dell'organo di giustizia costituzionale); la convocazione straordinaria delle Camere (art. 62, secondo comma — non potendosi escludere casi di grave crisi politica, nei quali l'intervento del Presidente si palesi indispensabile contro atteggiamenti ostruzionistici del Governo o della maggioranza); la nomina del Segretario generale della Presidenza della Repubblica (art. 3 legge 9 agsto 1948, n. 1077). Nella prassi seguita, anche la nomina dei senatori a vita (art. 59, secondo comma) e non così, invece, la nomina di otto tra gli « esperti » facenti parte del Consiglio Nazionale della Economia e del Lavoro (art. 2, lett. *g*-3 legge 5 gennaio 1957, n. 33); ma entrambe le questioni sembrano, per diversi motivi, opinaibli ([39]).

C'è poi l'autorizzazione all'esercizio dell'iniziativa legislativa del Governo (art. 87, quatro comma): che, per le ragioni sopra accennate, sembra pure doversi annoverare tra gli atti « presidenziali », con l'avvertenza però che qui, a differenza dalle ipotesi precedenti, non soltanto l'iniziativa dell'atto del Capo dello Stato è sempre, necessariamente, del Governo ([40]), ma è altresì minima la sfera di autodeterminazione spettante al Capo dello Stato, la proposizione delle leggi al Parlamento essendo immediata esplicazione dell'indirizzo politico, riservato alla competenza governativa. Così che, salva la diversa struttura formale dell'atto, dotato, nella specie, di una sua propria auto-

([38]) Verificandosi una tale ipotesi, si avrà, come in quella accennata alla nota precedente, una proposta governativa, liberamente valutabile nel merito dal Presidente della Repubblica, cui appartiene il potere del quale l'atto costituisce esplicazione; e la responsabilità politica del Governo proponente si estenderebbe, in conseguenza, all'aver voluto e suggerito il rinvio.

([39]) Quanto alla nomina dei senatori, si esprime per la negativa il SANDULLI, *Presidente*, cit., p. 154, nota 3, ma la dottrina prevalente è orientata in senso favorevole alla prassi. Quanto agli otto esperti del C.N.E.L., per la negativa, CHIARELLI, *Il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro e la sua posizione costituzionale*, in *Riv. di dir. del lav.*, 1957 (Quaderno VI); per l'affermativa, v. invece GROSSI, *L'attuazione del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro*, in *Riv. giur. abruzzese*, 1956, pp. 5-6, 519-520.

([40]) Qui, dunque, l'atto sarà da qualificarsi « presidenziale », ma « su proposta »: cfr. anche sopra, nota 23 al n. 5 e poco oltre, nel testo.

nomia giuridica, il ruolo attivo del Presidente nel porlo in essere è perfettamente analogo a quello esplicato nei casi di sua partecipazione alla formazione di atti governativi.

Quest'ultima attribuzione del Presidente può dirsi, dunque, costituisca quasi il ponte di passaggio, da quelle aventi carattere ampiamente discrezionale, ad altre, che devono per contro ritenersi obbligatorie (ma non già automatiche, presupponendo sempre un controllo, e potendo implicare, a volte, un certo grado di discrezionalità quanto al *come*). Quando tali attribuzioni si esplichino in appositi atti, formalmente distinti e differenziati, anche questi saranno da classificare « presidenziali » e da aggiungere pertanto all'elenco fin qui tracciato. Così, in primo luogo, gli atti con cui il Presidente dichiara (e dichiara di voler dichiarare) deliberazioni delle Assemblee parlamentari: promulgazione delle leggi ([41]) e dichiarazione dello stato di guerra (artt. 78 e 87, nono comma). Che non sia qui possibile parlare di atti governativi, risulta, oltre che da una serie di considerazioni già fatte in dottrina, con particolare riguardo al cosidetto controllo promulgativo, dal semplice e già di per sé decisivo rilievo, che non esiste alcun contenuto dispositivo dell'atto, diverso dalla volontà di dichiarare e

([41]) Il potere di promulgazione è, infatti, distinto e diverso dal potere di rinvio alle Camere per nuova deliberazione (cfr., ad es., SICA, *Controfirma*, cit., p. 103 s.s; BARTHOLINI, *Promulgazione*, cit., p. 465). Dal punto di vista che qui interessa può rilevarsi tra l'altro: *a*) che il potere di rinvio si configura, istituzionalmente (salva l'ipotesi eccezionale in precedenza accennata: sopra, testo e nota 37), come di iniziativa, oltre che di discrezionale determinazione, del Presidente, mentre la promulgazione presuppone sempre la proposta governativa (BARTHOLINI, *Promulgazione*, cit., p. 449 ss.); *b*) che il potere di rinvio è esercitabile anche per motivi attinenti al merito politico della legge, mentre la promulgazione non potrebbe essere ricusata se non nei casi di inesistenza della legge o di violazioni così gravi dei principî costituzionali, da implicare una possibile responsabilità del Capo dello Stato per attentato alla Costituzione (*infra*, n. 9). Si propende con ciò a ritenere che la promulgazione (anche dopo rinnovata approvazione parlamentare seguìta a rinvio) non sia mai un atto incondizionatamente dovuto, quindi meccanico ed automatico, ma sostanzialmente regolato dagli stessi principî che valgono, in generale, per l'emanazione da parte del Presidente di atti deliberati da altri organi (la dottrina prevalente è orientata, però, in senso contrario). Si faccia l'esempio-limite di una legge introducente discriminazioni razziali: il Presidente potrebbe certamente rinviarla alle Camere, ma ove queste la riconfermassero, sarebbe lecito negargli il potere di rifiutarne la promulgazione? E viceversa, promulgandola, non sarebbe egli responsabile per attentato alla Costituzione?...

dal dichiarare; e si è visto come il Capo dello Stato sia, anzitutto e di regola, organo di dichiarazione. Peraltro, non essendo le Camere in relazione diretta con il Presidente, l'iniziativa (anch'essa obbligatoria) della promulgazione e della dichiarazione dello stato di guerra apparterrà al Governo, quale organo supremo del potere esecutivo ([42]): proprio nelle ipotesi, ora considerate, dunque, di atti « presidenziali », la figura della proposta, in senso stretto ([43]), diventa, forse, suscettibile di acquistare precisa consistenza giuridica, designando l'attività esplicata dal Governo per mettere in grado il Capo dello Stato di esercitare il suo potere.

Spetta altresì al Presidente indire le elezioni per le Camere entro settanta giorni dalla fine delle precedenti e convocarne la prima riunione entro il ventesimo giorno dalle elezioni (artt. 61 e 87, terzo comma: la scelta delle date entro i riferiti termini massimi, essendo affidata alla valutazione del Presidente), nonché indire il *referendum*, « nei casi previsti dalla Costituzione » (artt. 75 e 87, sesto comma). Si tratta, qui, di adempimenti assolutamente necessari, in obbedienza a precise norme costituzionali, ai fini della continuità legale e del regolare funzionamento del sistema; l'omissione od anche il semplice ritardo dei quali basterebbe di per sé a concretare una forma gravissima di violazione costituzionale ed involgerebbe quindi la responsabilità del Capo dello Stato (cfr. nn. 8 e 9). In pratica, sarà il Governo

([42]) Altrimenti detto, il Governo è giuridicamente obbligato a promuovere la promulgazione, quale organo preposto alla cura di interessi generali obiettivi: così che non potrebbe legittimamente astenersi dalla relativa proposta, sol perché, ad es., si trovi a non condividere, dal punto di vista del proprio indirizzo politico, le finalità e gli orientamenti incorporati nella legge votata dalle Camere (nella quale ipotesi, di rara verificazione, non rimarrebbe al Governo, come già rilevato, che proporre, invece, nel termine costituzionalmente prescritto, il rinvio della legge per nuova deliberazione). Di regola, peraltro, persistendo l'unità del raccordo Governo-maggioranza, che è al centro del sistema parlamentare, il Governo avrà altresì interesse, proprio come organo di indirizzo politico, a fare quanto necessario per provocare la promulgazione: e la relativa proposta potrà dirsi, allora, in questo senso, doverosa per esso, anche alla stregua dei suoi rapporti con la maggioranza. Per quanto riguarda, poi, la dichiarazione dello stato di guerra, in ordine alla quale non è espressamente prevista la possibilità di rinvio sospensivo, sarebbe mera esercitazione scolastica svolgere analoghe considerazioni.

([43]) Sottolineandosi, cioè, la funzione di *iniziativa*, per la emissione di un certo provvedimento, che si suole giustamente ravvisare nella proposta (SANDULLI, *Procedimento*, cit., p. 153).

ad assumere l'iniziativa, predisponendo anche il testo dell'atto presidenziale; ma, giuridicamente, l'atto è del Presidente, rappresenta attuazione di un obbligo che su di esso direttamente incombe, ed al quale perciò egli non potrebbe sottrarsi nemmeno adducendo, in ipotesi, la inazione del Governo.

8. *Le competenze del presidente, limite all'indirizzo politico (limite inerente a singoli atti; limite di carattere generale); « assenso » governativo e « assenso » presidenziale come controllo autorizzativo.*

Gli sviluppi ora accennati sembrano, nell'insieme, attendibili e non inconciliabili con quel complesso di principî, in precedenza richiamati, la cui indubbia presenza nella vigente Costituzione consente di ascriverla tuttavia al tipo parlamentare. Al Governo e alle Camere (ed in concreto, all'unità funzionale Governo-maggioranza), la competenza di determinare, e realizzare in quelle che sono (anche dal punto di vista formale) le sue manifestazioni supreme, l'indirizzo generale politico dello Stato; e perciò — quanto al potere esecutivo — al Governo, la competenza e la connessa responsabilità degli atti di direzione politica ed amministrativa: con il limite, peraltro *di una diversa competenza*, riservata al Capo dello Stato ed il cui esercizio implica in ogni caso valutazioni oggettive, da effettuarsi in posizione di piena indipendenza rispetto agli orientamenti della maggioranza. A tale competenza sono costituzionalmente affidati, come risulta dalle cose fin qui dette, il regolare svolgersi del meccanismo costituzionale, secondo le scadenze e al verificarsi delle condizioni prefissate; il coordinamento delle principali manifestazioni della sovranità, attraverso la loro esterna dichiarazione e conseguente imputazione formale alla unità dello Stato; la garanzia del conformarsi dell'alterno giuoco delle forze politiche agenti nel sistema, e perciò anche della stessa maggioranza al governo, ai principî fondamentali e indefettibili, che presiedono al sistema medesimo ([44]).

([44]) In questo senso, anche del Presidente potrà dirsi che concorre al *governare*, largamente inteso, così come vi concorrono, allora, tutti gli organi costituzionali, e persino, talvolta, le comuni autorità giudiziarie; non concorre, invece, se non *dal di fuori* (ponendo e rimuovendo limiti) alla determinazione dell'indirizzo politico strettamente inteso (sopra, in nota 2 al n. 1 e in nota 24 al n. 6). Indirizzo politico e poteri del Capo dello Stato differiscono, d'al-

Il limite si configura, poi, per certi atti governativi, come inerente a ciascuno di essi singolarmente (che risulterà, allora, da una con-

tronde, sotto molteplici aspetti. Infatti: *a*) la potestà di indirizzo politico è condizionata dalle scelte effettuate direttamente dal popolo; mentre l'esercizio dei poteri del Presidente si svolge in piena indipendenza da queste, anche se non possa, naturalmente, prescinderne (specie quando si tratti di valutarne ed interpretarne il significato, all'atto della designazione del Presidente del Consiglio, ad es., o ai fini di un eventuale scioglimento delle Assemblee, per assicurarne l'effettivo carattere rappresentativo); *b*) la potestà di indirizzo politico, pur essendo altresì limitata (negativamente, e talvolta anche positivamente. principî costituzionali programmatici) dalla costituzione materiale, è tuttavia qualificata, nell'ambito così in definitiva risultante, da un grado massimo di discrezionalità, anche quanto al fine immediato, e si manifesta nelle forme più diverse; mentre l'esercizio delle attribuzioni del Presidente, allorché si estrinsechi all'esterno in atti giuridici veri e propri (per altri modi di esplicazione delle competenze presidenziali, cfr., invece, sopra, nota 36 e *infra*, nel testo, e in nota 52), assume necessariamente forme tipiche, variabili con il variare dei fini di volta in volta perseguibili: che sono astrattamente predeterminati, talvolta tassativamente (per certi atti vincolati), talvolta genericamente ed implicitamente (atti discrezionali), dall'ordinamento costituzionale (prevenire gravi violazioni costituzionali; assicurare la rispondenza delle istituzioni rappresentative agli orientamenti popolari; garantire il rispetto delle « regole del giuoco », ecc.). Naturalmente, in linea di fatto, il Presidente (che non è un automa, ma un uomo, ed un uomo politico, per di più) sarà di volta in volta indotto ad esercitare i propri poteri anche da considerazioni di ordine politico immediato: le quali, tuttavia, dal punto di vista giuridico, restano semplici motivi, irrilevanti, quando non determinino addirittura una ipotesi di eccesso di potere.

Dai rilievi adesso accennati, sembra possa trarsi, per altro verso, anche la sostanziale diversità tra le scelte politiche popolari e la potestà di indirizzo politico, spettante al Governo-maggioranza: le prime essendo, oltre che condizionanti rispetto a quest'ultima, completamente libere nel loro contenuto (sopra, in nota 19 al n. 5), mentre la seconda non può legittimamente esplicarsi, come si è visto, se non nel quadro del sistema e nel rispetto dei supremi principî (anche sostantivi) che lo informano. Vero è che l'affermazione dell'art. 1, per cui la sovranità del popolo si esercita « *nei limiti* della Costituzione », potrebbe viceversa offrire argomento per ammettere certe limitazioni di talune libertà politiche (partiti, e perciò, indirettamente, della stessa libertà di voto): le quali, peraltro, allo stato attuale del diritto positivo, non ci sono, vigendo per contro un sistema di assoluta libertà.

Giova, infine, avvertire che le considerazioni fin qui accennate, nel corso di queste pagine, hanno riferimento all'ipotesi, che dovrebb'essere la regola, di Governo maggioritario (espressione del partito, o di una coalizione di partiti, di maggioranza); quando, invece, si verifichi il caso (non rarissimo, ma pur sempre anomalo ed eccezionale) di Governo minoritario (senza maggioranza

giunta partecipazione dei due organi, nell'esercizio delle rispettive competenze; ma può anche, talvolta, come nel caso della iniziativa legislativa, restare distinto, sebbene funzionalmente collegato rispetto a quello del Presidente); e può esprimersi, invece, in atti presidenziali per sé stanti, sganciati da qualsiasi necessario puntuale riferimento ad un atto governativo determinato, quindi come limite di carattere generale all'indirizzo politico in atto, ovvero (nel caso dell'incarico e nomina del Presidente del Consiglio) come presupposto per il legittimo determinarsi di un nuovo indirizzo politico. Analogamente, per quanto riguarda l'attività direttamente esplicata dalle Camere, può distinguersi, in base al medesimo criterio, l'ipotesi del limite incidente sul singolo atto (promulgazione e rinvio, per la legge: nel primo caso, il Presidente concorrendo alla formazione dell'atto, nel secondo dando vita ad un atto distinto, ma collegato) dall'ipotesi del limite di ordine generale (scioglimento).

A sua volta, a differenza di quanto avviene per il Governo, che, in taluni casi, può compiere atti validi ed efficaci anche da solo, senza bisogno del concorso specifico del Capo dello Stato, l'esercizio della competenza di quest'ultimo incontra *sempre*, atto per atto, il limite della competenza governativa, necessariamente concorrente alla formazione di *tutti* gli atti ad esso comunque riferiti: tutti, perciò, egualmente soggetti alla controfirma ([45]). Per questa parte, la regola del-

precostituita), si potranno avere delle oscillazioni, rispetto allo schema assunto a base dell'indagine: non tali, peraltro, da alterarne sostanzialmente i risultati, poiché, se il Governo è in carica, vuol dire che ha ottenuto inizialmente una maggioranza (anche se composita) nelle Camere e comunque esso resta sempre l'espressione del partito di maggioranza relativa (del gruppo relativamente più numeroso). Il vero è che, specie con riguardo ai sistemi proporzionalistici con molteplicità di partiti, lo stesso concetto di maggioranza abbisognerebbe di essere riveduto, precisandosi che non si tratta già di un concetto meramente quantitativo, ma altresì *qualitativo* (un gruppo che, rapportato all'insieme di tutti gli altri, tra loro addizionati, sarebbe minoranza, può essere invece maggioranza per la insuperabile eterogeneità di quelli nei loro reciproci rapporti, ove sia irrealizzabile, in concreto, una coalizione di gruppi, relativamente minoritari, che si ponga, essa, come effettiva maggioranza).

([45]) È pacifico, anche nella letteratura sull'argomento, che l'obbligo della controfirma non potrebbe, e non deve, essere inteso formalisticamente: la presenza di un membro del Governo sostituisce, ad es., la controfirma per tutte le dichiarazioni verbali del Capo dello Stato, in ordine alle quali non venga sollevata alcuna rimostranza da parte del Governo medesimo. In questo senso, potrebbe ancora giustificarsi la prassi seguita per i messaggi di insediamento

l'art. 89 ha valore generale ed assoluto, e lo stesso deve dirsi della regola della responsabilità ministeriale, che lo stesso art. 89 esattamente ricollega alla controfirma. Dove, viceversa, l'interpretazione dell'articolo 89 non può non forzarne alquanto la dizione letterale, con l'ausilio, peraltro, dei lavori preparatori ([46]) è in ordine al nesso, che sembrerebbe testualmente affermato, tra controfirma e cosidetta proposta governativa (in realtà, più correttamente, deliberazione governativa). Infatti, dal momento che il Governo controfirma anche atti, che sono esplicazione dei poteri attribuiti al Presidente, sembra ovvio che la responsabilità così assunta debba commisurarsi alla stregua della competenza governativa a concorrere agli atti medesimi.

In altri termini, il Governo risponde di ciò che fa; ma può fare soltanto ciò che è di sua competenza; in alcuni casi, quindi (atti

dei Presidenti Einaudi (12 maggio 1948) e Gronchi (11 maggio 1955), non controfirmati ma letti personalmente dinanzi alle Camere riunite alla presenza del Governo (v. però, sopra, in nota 36). Ma non potrebbe certamente consentirsi nella ulteriore prassi di messaggi presidenziali scritti, privi di controfirma: anche i messaggi sono « atti » del Presidente, ed anche ad essi deve, dunque, applicarsi la regola della controfirma (*contra*, però, MOTZO, *op. cit.*, spec. p. 56 ss.). D'altronde, se è vero che un messaggio formalmente illegittimo, perché non controfirmato, ha tuttavia una sua reale esistenza e capacità di produrre determinate conseguenze politiche, è altresì vero, d'altro canto, che una questione di validità o invalidità può farsi egualmente per i messaggi come per ogni altro atto presidenziale, con il risultato, ad es., di un eventuale rifiuto delle Assemblee di prendere conoscenza di un messaggio non controfirmato. Per giungere a diverse conclusioni, bisognerebbe leggere l'art. 89 come se riferisse l'obbligo della controfirma ai soli atti del Capo dello Stato, per i quali vi sia un ministro « proponente » (ai soli atti, cioè, governativi); ma l'argomento proverebbe troppo, conducendo ad escludere la controfirma per tutti gli atti « presidenziali », od almeno per quelli tra essi, di iniziativa, oltre che di deliberazione, del Presidente. Non si nega che vi possano essere, vi siano stati e vi siano ordinamenti, nei quali una tale soluzione è positivamente accolta, per determinati atti del Capo dello Stato, in base a specifiche disposizioni espresse e in deroga ai principî generali (così, ad es., Cost. Fed. Austriaca, dopo la revisione del 1929: per la revoca del Cancelliere e del Governo federale; *Grundgesetz* Rep. Fed. Tedesca: per la nomina e revoca del Cancelliere, per una ipotesi di scioglimento, nonché per la richiesta al Cancelliere e ai ministri dimissionari del disbrigo degli affari correnti). Ma il caso, evidentemente, non ricorre per il sistema italiano vigente.

([46]) Con l'espressione « i ministri proponenti », sostituita all'ultimo momento all'altra, del progetto, « ministri competenti », essendosi voluto stabilire a quale ministro, in mancanza di disposizioni espresse, spetti la competenza a controfirmare: cfr. GUARINO, *Presidente*, cit., p. 926 ss.

governativi), risponde dell'atto posto in essere perché l'atto è, politicamente e giuridicamente, suo proprio; non può rispondere dell'atto, quando non ne ha la disponibilità, attribuita, invece, alla competenza del Presidente [salvo, naturalmente, il caso in cui l'atto sia stato tuttavia emanato dietro iniziativa del Governo ovvero questo, condividendone la sostanza, intenda assumersene egualmente la responsabilità] ([47]).

Nella prima ipotesi, la partecipazione del Capo dello Stato all'atto governativo si configura come *assenso*, che significa, anche filologicamente, qualcosa di diverso e di meno del *consenso* o *adesione* ([48]); mentre, nella seconda ipotesi, è la partecipazione del Governo ad atti presidenziali, che si esaurisce — di regola — nel semplice assentire, del quale (e del quale soltanto, dunque) il Governo porterà, allora, la responsabilità ([49]).

([47]) V. poco oltre, ma anche sopra, n. 7, nel testo e in note 37, 38 e 40.

([48]) « L'assenso cede o inchina all'altrui volontà », si legge nel *Dizionario dei sinonimi* del TOMMASEO. Anche in taluni istituti del codice civile risulta una differenza tra « assenso » e « consenso », il primo avendovi, di regola, il ben diverso e ristretto significato di non opposizione ad atti altrui (così, nettamente, negli artt. 296 e 297, in materia di adozione; ma cfr. anche l'« assenso » del coniuge alla legittimazione dei figli naturali, di cui all'art. 284, in contrapposto al « consenso » del curatore a determinati atti dell'emancipato, di cui agli artt. 394 e 395). Per tornare al Capo dello Stato, del resto, l'idea che nella promulgazione sia implicito un elemento « di consenso o *meglio di non opposizione al testo votato dalle Camere* » (il corsivo è nostro) è accennata dal VEDEL, *op. cit.*, p. 496 (sebbene inesattamente riferita all'Esecutivo).

([49]) Inapplicabile sembra, pertanto, agli atti dell'una e dell'altra categoria, la figura dell'atto complesso, ove a questa si ritenga essenziale la omogeneità (nei loro reciproci confronti, oltre che nei confronti dell'atto totale) degli atti o delle attività concorrenti. A ben guardare, infatti, in un gruppo di casi, il potere giuridico, di cui l'atto costituisce concreto esercizio, è del Governo, mentre nell'altro è del Presidente; l'assenso, rispettivamente del Presidente e del Governo, implicito nell'emanazione e nella controfirma, non significa — istituzionalmente — concorso adesivo di volontà *quanto al contenuto dell'atto* (ossia al voluto in esso manifestantesi, a ciò che con esso è disposto), giacché ciascuno dei due organi vuole esercitare ed esercita poteri distinti e diversi. In entrambe le ipotesi, l'assenso, oltre ad assolvere ad una funzione di documentazione (e, nel caso della emanazione, anche di dichiarazione) vale soltanto *a render possibile* l'esercizio del potere principale, esprimendo l'accertata mancanza di circostanze impeditive, e presenta perciò, dal punto di vista funzionale, analogia con una autorizzazione, piuttosto che con una approvazione (e non si parla forse, testualmente, di autorizzazione, nel più volte ricordato art. 87, quarto comma, per indicare l'atto del Capo dello

Ma una tale responsabilità, in tanto si giustifica, in quanto la controfirma non sia una mera formalità, e perciò l'assenso governativo non si risolva in un atto dovuto: presuppone, cioè, che l'assenso possa venir rifiutato. D'altro canto, però, è da escludere, in base ai rilievi fin qui accennati, che la prestazione o il rifiuto dell'assenso governativo siano abbandonati a libere valutazioni di opportunità politica, poiché il sistema di limiti reciproci tra le due competenze, del Capo dello Stato e del Governo, sarebbe frustrato, ove l'una potesse, a suo piacimento, paralizzare l'esercizio dell'altra. Teoricamente, perciò, la esatta individuazione del margine di discrezionalità dell'assenso governativo non può che risultare, in definitiva, dalle esigenze cui la necessaria partecipazione del Governo agli atti « presidenziali » appare costituzionalmente preordinata, e che si riassumono nel garantire la piena autonomia delle attribuzioni governative rispetto alle attribuzioni del Presidente e il legittimo esplicarsi di queste ultime, nell'ambito della rispettiva competenza. Anche qui, pertanto, può affiorare l'idea di una attività « di controllo » (del Governo sull'esercizio delle competenze presidenziali): controllo, però, *interessato* (almeno, per la parte in cui si rivolge a prevenire indebite interferenze presidenziali nella funzione di indirizzo politico), essendo affidato allo stesso organo, che ha, in fatto, e si presume avere, in diritto, interesse alla libera esplicazione dell'attività propria e di quella della maggioranza parlamentare ([50]).

Stato cui è condizionata l'iniziativa legislativa del Governo?). D'altro canto, però, l'organo che dà l'assenso, se non vuole anch'egli il contenuto dell'atto, vuole però che il potere sia esercitabile ed in questo senso può dirsi concorra anch'esso, entro certi limiti, alla produzione dell'effetto giuridico che gli si riconnette.

([50]) Il Capo dello Stato, invece, anche quando « controlla », non lo fa mai a tutela di una propria competenza, ma per ragioni e finalità obiettive, che lo trascendono. È vero, bensì, che, istituzionalmente, la prestazione dell'assenso governativo non è attività *partitica*, rientrante, cioè, nella funzione di indirizzo politico, ma attività preordinata alla tutela di pubblici interessi obiettivi (interesse alla legittimità degli atti; interesse al rispetto delle competenze) e che perciò, sotto questo aspetto, a voler parlare di controllo, tanto l'uno che l'altro sarebbero da inquadrare nella figura del controllo-garanzia, qualificata dalla estraneità degli interessi perseguiti dall'organo agente rispetto all'organo controllante (FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milano 1957, pp. 34 ss., 323, 380); sebbene la concezione di questo A. si riveli poi ad essi inapplicabile sotto altri aspetti, non potendosi certo affermare che il cosidetto controllo del Presidente o del Governo si risolva in un mero giudizio, né potendosi contestare che l'uno e

L'assenso potrà, dunque, essere rifiutato, non soltanto nei casi di vizi formali dell'atto o del procedimento (un decreto di scioglimento non preceduto dal parere dei Presidenti delle Assemblee, ad es.; oppure la nomina a giudice costituzionale di persona sprovvista dei titoli richiesti, ecc.); ma anche ogni qualvolta l'atto presidenziale rappresenti il tentativo di invadere positivamente la sfera della competenza di direzione politica, esclusivamente riservata — purché nel quadro del regime — al Governo, nel suo intimo raccordo con la maggioranza, nonché, attraverso il meccanismo dei partiti, con il corpo elettorale. E verrà qui in particolare risalto l'ipotesi, estremamente delicata, dell'eccesso di potere (sopra nota 45): un messaggio alle Camere, ad es., contenente l'enunciazione di un vero e proprio programma politico, o peggio ancora, di direttive politiche contrastanti con quelle governative ([51]); la nomina di cinque giudici della Corte, qualificati tutti per l'appartenenza notoria ad uno stesso partito politico; uno scioglimento rivolto ad interrompere la realizzazione di un programma legislativo non gradito al Presidente o ad impedire una determinata deliberazione, che le Camere si apprestino a adottare, come potrebbe verificarsi, per fare un'ipotesi estrema, alla vigilia

l'altro organo concorrente voglia, sia pure con diversa intensità e sotto punti di vista diversi, il prodursi del risultato giuridico finale: cfr. la nota precedente. Ma è pur vero che a differenza del Presidente, il Governo partecipa agli atti di competenza di quest'ultimo *anche a tutela di un interesse alla propria competenza*; così come non può prescindersi dalla circostanza che il Governo appare pur sempre prevalentemente caratterizzato come organo di indirizzo politico, ed è assai malagevole tracciare in pratica una netta distinzione tra attività propriamente politica ed attività amministrativa dello stesso Governo, quale organo imparziale (la difficoltà è riconosciuta, ad es., dall'ESPOSITO, *Partiti*, loc. cit., pp. 230-232, il quale pure tenderebbe ad attribuire molto rilievo alla distinzione). Si aggiunga, infine che la partecipazione governativa agli atti « presidenziali », comprende altresì una valutazione liberamente politica degli atti medesimi, dal punto di vista dell'indirizzo governativo, esprimentesi in attività e comportamenti atipici nei rapporti Presidente-Governo; e l'assenso e relativa controfirma, pur non potendo essere legittimamente rifiutati per motivi di merito, presuppongono ed attestano anche, tuttavia, che il Governo ha potuto svolgere, ed ha svolto effettivamente *ed integralmente*, il proprio compito presso il Capo dello Stato (cfr. nota 52).

([51]) Il CERETI, *op. cit.*, pp. 163-164, porta anche l'esempio di un messaggio che, in realtà, « faccia appello alla pubblica opinione ed al corpo elettorale contro le Camere », ritenendo, però, che vi si opporrebbero soltanto regole di correttezza, laddove sembra più esatto il riferimento, fatto nel testo, alla figura dell'eccesso di potere.

della riunione in seduta comune per decidere su di una proposta di messa in stato di accusa dello stesso Presidente.

Perfettamente simmetrica (tenuto conto, beninteso, della diversa posizione giuridica dell'organo) è la configurazione che può darsi dell'ipotesi inversa, dell'assenso del Presidente agli atti governativi, per i quali il suo concorso sia necessario: non tanto in base a considerazioni di ordine logico (pur non trascurabili, anche se da sole non decisive), quanto sul terreno dello stretto diritto positivo, che, accanto alla regola della irresponsabilità politica del Capo dello Stato, ci offre, tuttavia, il dato di una sua responsabilità penale « per attentato alla Costituzione e alto tradimento » (art. 90). Se, dunque, il Capo dello Stato può incorrere in una speciale responsabilità per gli atti compiuti « nell'esercizio delle sue funzioni », e poiché in tale formula rientra pure l'assenso agli atti governativi, se ne deduce che la prestazione dell'assenso presidenziale implica, essa pure, una certa libertà di apprezzamento, nell'ambito, anche qui, definito dalla relativa responsabilità: la quale abbraccia, però, una sfera di gran lunga più circoscritta rispetto alla responsabilità politica del Governo, restringendosi alle due sole ipotesi previste dall'art. 90.

Dovrà dirsi, pertanto, che l'assenso del Presidente non potrà essere (definitivamente) rifiutato, se non nel caso di vizi (anche di merito) dell'atto governativo sottopostogli, così gravi da dar luogo ad una sua possibile responsabilità per attentato alla Costituzione o alto tradimento. Ogni altro vizio, di minor rilievo, investendo invece direttamente la sola responsabilità governativa (politica, ed anche, all'occorrenza, penale e civile), potrà determinare, tutt'al più, un semplice rinvio sospensivo all'organo deliberante.

Beninteso, nessun principio esclude che l'assenso, rispettivamente del Capo dello Stato o del Governo, copra poi, nei singoli casi concreti, consenso od invece aperto dissenso, quanto all'opportunità politica dell'atto, alla sua maggiore o minore convenienza, tempestività e via dicendo. Al contrario, è proprio dovere, e non soltanto facoltà, di ciascuno dei due organi far presente il suo punto di vista, affinché ne sia tenuto conto da quello, tra essi, cui, nelle due inverse ipotesi, spetta la competenza a provvedere: obbligo praticamente tanto maggiore per il Governo, che potrà essere chiamato a rispondere dinanzi alle Camere per non aver fatto abbastanza al fine di impedire il concreto verificarsi del limite, costituito dall'esercizio delle competenze presidenziali, alla esplicazione della propria funzione di direzione politica. Ma, giova ripetere, nessuno dei due organi potrebbe persi-

stere in un atteggiamento negativo, per motivi diversi da quelli che si è cercato di precisare in relazione a ciascuno di essi, ove l'altro, nel legittimo esercizio della propria competenza, persistesse nella decisione di emettere l'atto; di guisa che, *per questa parte*, il controllo (politico), manifestantesi con la firma o la controfirma, si esaurisce nei soli rapporti tra Capo dello Stato e Governo e non può avere che effetti sospensivi ([52]).

Così pure, si è già visto doversi ritenere l'ammissibilità di una proposta governativa (che sarebbe, allora, veramente tale in senso

([52]) Non sembra esatto, pertanto, limitare il valore della controfirma degli atti « presidenziali » ad un mero controllo di legittimità formale, come afferma invece la prevalente dottrina, anche quando ammette poi correttamente (così, ad es., GUARINO, *Presidente*, cit., p. 993 ss.) un controllo « consultivo », con effetti sospensivi, sul merito politico dell'atto. In questo senso, ha ragione il BARTHOLINI (*Promulgazione*, cit., p. 459 ss. e spec. nota 248 a p. 467), quando ravvisa nella controfirma l'attestazione della influenza esercitata dal Governo presso il Capo dello Stato in relazione al merito delle delibere trasmessegli (restringendo però tale giusto rilievo ad alcuni soltanto tra gli atti del Capo dello Stato e giungendo così alla conclusione, poco convincente, di attribuire alla controfirma due distinti e diversi significati a seconda del tipo di atto « presidenziale »). La responsabilità governativa per gli atti di competenza propria del Presidente si estende, dunque, all'intera attività, legittimamente esplicabile dal Governo in ordine agli atti medesimi, e perciò, in concreto, all'attività da esso realmente esplicata o non esplicata caso per caso, nell'ambito della propria competenza. Considerazioni analoghe, nel senso e nei limiti accennati qui sopra nel testo, valgono per la emanazione, da parte del Presidente, degli atti di competenza governativa. Da questo punto di vista, sembra particolarmente felice quanto rileva riassuntivamente, con riferimento alla firma presidenziale ed alla controfirma governativa, il BALLADORE PALLIERI (*Costituzionale*, cit., p. 171), che cioè si risponde in realtà « non solo per la firma apposta, ma anche per il modo come fu data »: per quanto, come risulta dal già detto, non possa condividersene il concetto, che firma e controfirma degli atti intestati al Presidente esprimano la loro conformità sia agli interessi contingenti della maggioranza sia ai più generali e permanenti interessi nazionali (giacché quel che la Costituzione ha voluto, è proprio che i primi non abbiano a prevalere sui secondi). Per quel che più specialmente concerne la firma del Presidente, può essere significativo, d'altronde, ricordare la tesi, molto più spinta di quella che si è qui ritenuto di accogliere, sostenuta dal KELSEN (*Österreichisches Staatsrecht*, Tübingen, 1923, p. 191), in relazione alla Costituzione austriaca del 1920 (che pure attribuiva poteri ridottissimi al *Bundespräsident*), per la quale il Capo dello Stato avrebbe potuto rifiutare l'adozione di atti di proposta governativa « auch aus materiellen Gründen nach seinem Ermessen », ed avrebbe anzi dovuto negare la propria firma, « wenn er den Antrag für schädlichkhähl ».

tecnico) anche in relazione ad atti « presidenziali »: ed ove, perciò, essa sia accolta dal Capo dello Stato e l'atto emanato, la responsabilità politica del Governo si estenderebbe, eccezionalmente, al contenuto dell'atto, come se si trattasse di atto governativo.

9. *La questione della responsabilità del Capo dello Stato: per le attività obbligatorie; per le attività discrezionali. Incostituzionalità dell'art. 279 c.p.; responsabilità e conflitti di attribuzione.*

Il criterio desunto dalla responsabilità penale del Capo dello Stato dovrebbe valere, analogamente, a delimitare il margine entro cui può legittimamente sussistere una sua libertà di omettere l'emanazione di quelli, tra gli atti « presidenziali », che siano, direttamente o indirettamente, obbligatori. Come già accennato (sopra, n. 7), sarebbe attentato alla Costituzione la mancata adozione di atti tassativamente prescritti da norme costituzionali; ma sarebbe pure suscettibile di dar luogo a responsabilità per la stessa figura criminosa la mancata adozione di atti, dovuti, perché condizionanti il valido ed efficace esercizio di poteri attribuiti alla competenza di altri organi (Governo, Parlamento): salvo, naturalmente, il caso (identico a quello sopra ipotizzato per l'assenso ad atti governativi) in cui, proprio emettendo l'atto (così come dando l'assenso) il Presidente potrebbe commettere attentato alla Costituzione.

Più delicata è la situazione per l'adozione degli atti « presidenziali » liberi, implicanti una larga sfera di discrezionalità quanto alla loro emanazione (scioglimento, rinvio delle leggi, ecc.), nonché per la parte libera di qualsiasi atto « presidenziale » (designazione e nomina del Presidente del Consiglio, scelta dei giudici costituzionali, ecc.). Qui, infatti, tra il legittimo esercizio della competenza e l'ipotesi-limite dell'attentato alla Costituzione, con relativa responsabilità penale *ex* art. 90, c'è di mezzo un'area molto vasta, in ordine alla quale l'affermato criterio non soccorre, né positivamente, né negativamente (non è detto che soltanto per prevenire un attentato alla Costituzione, il Presidente sia abilitato ad effettuare determinati interventi; e non sarebbe neanche vero che ogni suo intervento indebito basterebbe a concretare gli estremi dell'attentato).

È, sopratutto, con riferimento a queste ultime ipotesi, che si fa più grave l'obiezione, suscettibile di essere opposta allo schema delineato e fondantesi sulla anomalia di atti (positivi od omissivi), che incidano, sia pur negativamente (come limite), sulla funzione politica,

senza assunzione di responsabilità da parte di chicchessia: obiezione, alla quale, come si è in precedenza osservato non sarebbe né sufficiente né esatto rispondere negando il problema, con l'affermare all'opposto una pretesa regola generale della irresponsabilità degli organi costituzionali o dei loro titolari ([53]). La espressa previsione di una responsabilità penale, benché limitata a casi per loro natura eccezionali, dello stesso Capo dello Stato mostra, d'altra parte, che la esigenza dalla quale l'obiezione muove, è stata in qualche modo avvertita dal costituente: ma bisogna riconoscere che l'art. 90 istituisce un congegno, non soltanto inadeguato a coprire tutti i casi possibili, ma anche in sé macchinoso e di presumibile scarsa efficacia ai fini pratici.

Il problema non è nuovo, si è posto e si pone in termini molto simili o addirittura identici anche in altri sistemi costituzionali. La maggiore difficoltà che esso presenta sta, forse, nella necessità di evitare un duplice opposto inconveniente: da un lato, infatti, se il Capo dello Stato fosse dichiarato politicamente responsabile dinanzi alle Camere, e sia pure sotto condizioni specialmente rigorose, ne verrebbe sminuita l'indipendenza, e la sua posizione giuridica finirebbe per costituire un doppione di quella del Presidente del Consiglio; d'altro lato, se una sua responsabilità fosse organizzata direttamente nei confronti del corpo elettorale, potrebbe derivarne, per conseguenza *a contrario*, un rafforzamento sostanziale della sua posizione politica, con evidente deviazione verso i principî del governo presidenziale ([54]).

([53]) Sopra, in nota 19 al n. 5. La regola generale della responsabilità di tutti i pubblici funzionari è, del resto, esplicitamente affermata, nella Costituzione italiana, dall'art. 28, che deve ritenersi comprensivo anche dei titolari di organi costituzionali: naturalmente, salve le deroghe e le limitazioni legittimamente derivanti da particolari norme per particolari ipotesi (conf. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, loc. cit., p. 128 ss.; CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino 1953, p. 265 ss. — e per i magistrati, p. 286 ss.).

([54]) Soltanto con riferimento a questa seconda ipotesi (responsabilità politica nei confronti del popolo) può ritenersi esatta la diffusa opinione, sopra ricordata al n. 1, per la quale la irresponsabilità del Capo dello Stato sarebbe uno degli elementi caratteristici del sistema parlamentare: specie se si voglia alludere ad una forma di responsabilità politica propriamente detta (sopra, nota 19 al n. 5). Quanto alla prima ipotesi, invece (responsabilità politica dinanzi alle Assemblee), si avrebbe bensì una specie di inutile duplicato del Presidente del Consiglio, ma si resterebbe pur sempre nel quadro del tipo parlamentare, non diversamente da quel che si verificherebbe con riguardo a sistemi, dai quali esuli la figura del Capo dello Stato.

Si è già veduto, infine, come la terza via (conforme alla tradizione più ortodossa della forma parlamentare), consistente nel trasferire al Governo responsabile l'esercizio di tutte le competenze del Capo dello Stato, sembri estranea al sistema vigente; sia difficilmente applicabile, in modo particolare, a taluni atti del Presidente, che non avrebbero senso, se governativi; condurrebbe, in conclusione, a svuotarne la funzione di limite e di garanzia costituzionale, facendone un organo inutile.

Si dovrà, dunque, ricavare da una analisi del sistema complessivo il modo migliore per colmare l'apparente lacuna, salvaguardando ad un tempo il principio della responsabilità e quello della riserva di una competenza specifica a favore del Presidente.

Un primo dato, in quest'ordine di idee, è costituito dalla responsabilità (in senso lato) del titolare dell'organo, in quanto genericamente rappresentativo ([55]), elettivo e rieleggibile, che significa anche,

([55]) Almeno secondo l'opinione prevalente, che meriterebbe, peraltro, di essere riveduta e, probabilmente, in larga misura rettificata. Quando si afferma, infatti, in dottrina (cfr. per tutti ROMANO, *Principii*, cit., p. 147) che la differenza tra forme di governo monarchiche e repubblicane consisterebbe nell'avere, in queste ultime, il Capo dello Stato carattere rappresentativo della collettività, si enuncia un criterio, certamente, valido per la repubblica presidenziale (sopra, in nota 24 al n. 6), ma difficilmente applicabile, invece, a sistemi parlamentari come il nostro vigente. Il Presidente della Repubblica, dice l'art. 87, primo comma, « rappresenta l'unità nazionale »: ma, in questo senso, figurato e generico, anche ad un monarca può riconoscersi identico carattere rappresentativo; tanto più, ove si ritenga che la moderna rappresentanza politica si articoli, anzitutto, in uno speciale rapporto tra lo Stato-soggetto e il popolo, assumendo il primo — nel suo insieme, e perciò anche in ciascuno dei suoi organi — la qualifica rappresentativa (così, con riferimento all'ordinamento statutario, ESPOSITO, *Lo Stato e la nazione italiana*, in *Arch. di dir. pubbl.*, 1937, pp. 2-3; *La rappresentanza istituzionale*, Tolentino 1938). Al più, la rappresentanza del Capo dello Stato potrà stare a significare che ad esso spetta il compito di curare gli interessi fondamentali, unitari e permanenti della comunità statale (secondo i rilievi fin qui accennati); ma, anche da questo punto di vista, la situazione di un monarca costituzionale dovrà dirsi analoga, salvo la diversità derivante dalla scelta a tempo determinato e mediante elezione di un capo di Stato repubblicano (conf. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, cit., p. 3 ss., che in quest'ultima circostanza fa appunto risiedere il criterio differenziale tra l'una e l'altra forma di governo). Non vi ha dubbio, tuttavia, che, anche così argomentando, il carattere rappresentativo del nostro Presidente (contrariamente a quanto si riscontra nelle forme presidenziali) non sarebbe comunque assimilabile a quello delle Assemblee parlamentari e dei loro componenti. Inammissibile sa-

in regime di democrazia, sottoposizione costante al vaglio della discussione e della critica della pubblica opinione: remora niente affatto trascurabile, in concreto. Naturalmente, ciò implica che si riconosca ormai caducata, per incostituzionalità sopravvenuta, la vecchia disposizione dell'art. 279 del c.p. (modificato dalla legge 11 novembre 1947, n. 1317), certamente incompatibile, sia con la nuova figura del Capo dello Stato repubblicano, in genere, sia in special modo con la ipotesi di una sua responsabilità penale, dietro messa in stato di accusa ad opera delle due Camere ([56]).

rebbe, per il primo, qualsiasi riferimento all'idea del mandato elettorale (viceversa, come in precedenza rilevato, ravvisabile, entro certi limiti, per i membri delle Camere e per il Presidente degli Stati Uniti); mentre, per quanto concerne la posizione degli organi, anziché dei loro titolari, si rivela altresì ad esso inapplicabile il concetto di organo specificamente destinato a rappresentare la collettività popolare, nella sua concretezza vivente, in seno all'apparato statale.

([56]) Anche a prescindere dalle ragioni storiche, che possono giustificare la tutela della irresponsabilità regia, in relazione alla diversità (a suo tempo rilevata) tra la figura del monarca e quella di un presidente di repubblica, è agevole osservare come la norma dell'art. 279 c.p., riferendosi agli « atti del Governo », presupponesse logicamente e letteralmente che tali atti, pur se emanati dal Capo dello Stato, fossero in realtà atti governativi. È, insomma, l'idea del « re che non può far male », perché messo dall'ordinamento in condizioni di non poter agire (sopra, nota 17 al n. 5). Quindi, ove si volesse ritenere tuttora costituzionalmente legittima la disposizione, e poiché, nell'attuale sistema, non tutti gli atti del Presidente sono qualificabili come governativi, si dovrebbe poi, coerentemente, limitarne la portata ai soli atti deliberati dal Governo, escludendone invece l'applicabilità agli atti « presidenziali ». Anzi, l'interpretazione della norma dovrebbe essere ancora più restrittiva, in modo da lasciar fuori da ogni incriminabilità il biasimo e la critica diretti contro l'attività, non risolventesi nel puro e semplice emanare, esplicata dal Presidente con la partecipazione agli atti governativi, nell'ambito della rispettiva competenza... Ciò che darebbe luogo ad una complicata ed assurda casistica, lungo tutta una gamma di distinzioni e sfumature, in pratica impercettibili. Il vero è, molto più semplicemente, che, una volta ammesse in diritto positivo talune forme di responsabilità del Capo dello Stato (l'una, generica, affermantesi alla scadenza dalla carica; l'altra, specifica e di ordine penale, sebbene eccezionale e circoscritta a determinate ipotesi), viene completamente a mancare il presupposto della norma penale, originariamente rivolta a rafforzare la garanzia della irresponsabilità. Qualsiasi divieto del genere, per contro, sarebbe incompatibile con l'affermata responsabilità presidenziale, la quale, per potersi concretamente far valere, nell'una o nell'altra forma, implica la più larga libertà di discussione e di critica, non soltanto in seno alle Camere, ma anche fuori di esse, nel Paese. In senso sostanzialmente conf., BALLADORE PALLIERI, *Costituzionale*, cit., p. 156.

D'altro canto, gli interventi discrezionali *attivi* del Presidente non sono mai idonei, per loro natura, a spiegare di per sé effetti definitivi ed irreparabili: il rinvio delle leggi, tanto per fare qualche esempio, può essere superato dalla rinnovata approvazione; la scelta del Presidente del Consiglio e la nomina del Governo devono essere seguite dal dibattito parlamentare e dalla votazione della mozione di fiducia; lo scioglimento delle Assemblee rimette in ultima istanza ogni decisione al corpo elettorale; i messaggi hanno soltanto virtù di investire le Camere del loro contenuto... Si è già rilevato, inoltre, come l'ordinamento predisponga per tutti gli atti del Presidente un controllo governativo, esprimentesi nell'assenso ad essi necessario, escludendo così la possibilità che il Capo dello Stato agisca da solo esercitando comunque un potere personale.

Infine, ed a parte i casi estremi di denuncia per attentato alla Costituzione, dovrebbe soccorrere, nel disegno del testo costituzionale, l'istituto dei « conflitti di attribuzione » tra i poteri dello Stato (art. 134). Sembra doversi ritenere, infatti, che vi rientrerebbero, oltre i conflitti tra Presidente e Parlamento, anche quelli tra Presidente e Governo, essendo il primo, almeno se le considerazioni che precedono sono esatte, distinto e staccato dal potere esecutivo, culminante nel Governo. Laddove, pertanto, nei sistemi parlamentari tradizionali, l'azione o l'omissione indebite (che si assumano indebite) del Capo dello Stato darebbero luogo a conflitti, suscettibili di trovare soluzione sul solo terreno politico, nel nostro sistema, invece, la defininzione di tali conflitti sarebbe possibile in forme giurisdizionali, mediante pronuncia della Corte costituzionale ([57]).

Attraverso tale congegno (ammettendo, beninteso, che una simile *spoliticizzazione* di situazioni così spiccatamente politiche sia davvero raggiungibile in concreto), verrebbe d'altronde a delinearsi, indirettamente, una responsabilità del Presidente, diversa da quella per attentato e alto tradimento, e più vicina alla responsabilità politica vera e propria: giacché una decisione della Corte, sfavorevole

([57]) Quanto rilevato nel testo presuppone, naturalmente, più in generale, che siano configurabili conflitti di attribuzione, nel senso e nei limiti degli artt. 134 Cost. e 37 l. 11 marzo 1953, n. 87, nei quali il Presidente possa essere parte. Presuppone, cioè, che questi sia un « potere », che risulterebbe allora formato da un solo organo: per qualche dubbio in proposito, cfr. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova 1957, in nota 20.

all'atteggiamento da esso affermato nel conflitto, non potrebbe — in fatto — non provocarne le dimissioni dalla carica.

In sintesi, dunque, l'omissione indebita dell'assenso agli atti governativi e della adozione degli atti « presidenziali » discrezionali è circondata dalla garanzia del controllo preventivo (anche sulla competenza e sull'eccesso di potere) del Governo controfirmante, con possibilità di promuovimento del conflitto, nell'ipotesi di contrasto (ove il Governo ritenga di dover negare l'assenso, impedendo così che l'atto venga posto in essere), e può determinare anch'essa l'ultimo rimedio della denuncia per attentato (ove l'assenso sia stato, invece, prestato, ovvero l'atto posto in essere senza la prescritta controfirma).

10. *Altri limiti alla maggioranza nel sistema costituzionale vigente: schema monistico e pluralismo.*

La deviazione, rispetto allo schema classico, risultante da quel che si è fin qui rilevato sui rapporti Presidente-Governo, può compendiarsi in una formula: nel sistema italiano, la potestà di indirizzo della maggioranza incontra un *limite* nei poteri di un organo da essa slegato e collocato in una situazione istituzionale di estraneità nei confronti di tutte le parti politiche in giuoco. La funzione del Capo dello Stato costituisce uno tra i congegni, diretti a garantire la stabilità e la continuità del sistema, nei suoi principî fondamentali, al disopra del vario esplicarsi dei diversi e contingenti indirizzi politici.

Non si dice con ciò, del resto, nulla di peregrino, poiché già da tempo la dottrina più avvertita ha esattamente individuato la caratteristica peculiare della forma di governo italiana nella predisposizione costituzionale di un sistema di *limiti alla maggioranza*; ed è stato altresì dimostrato da più parti come sia, quella, una conseguenza del carattere « convenzionale » della vigente Costituzione: diretta a realizzare una serie di garanzie reciproche tra le varie forze sociali e politiche, su cui si fonda il regime, in modo da evitare che la sovranità popolare affermata dall'art. 1 si risolva automaticamente nella sovranità di una semplice maggioranza parlamentare, quale che sia ([58]).

([58]) Che il principio maggioritario sia insufficiente a realizzare un ordinamento effettivamente democratico, poiché « immissione del popolo nel governo » dovrebbe a rigore significare « partecipazione, diretta o indiretta, alle atti-

Alcuni di questi limiti o la possibilità del loro concretarsi sono, per dir così, istituzionalmente messi a disposizione delle forze poli-

vità sovrane di *tutte* le formazioni politiche e sociali », nelle quali il popolo concretamente si articola, è ben rilevato dal LAVAGNA, *Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici*, in *Riv. trim. di dir. pubbl.*, 1956, p. 2. Si veda anche, del resto, nelle premesse e nelle sue implicazioni pratiche, la concezione *pluralistica* del sistema parlamentare, che il MORTATI (*Istituzioni*, cit., p. 475) ravvisa nella nostra vigente Costituzione (sul punto, v. però ulteriori considerazioni qui appresso, nel testo e in nota 62). Vero è che lo stesso M. identifica poi, altrove (*Partiti politici*, cit., spec. 19 e ss.), sovranità popolare e sovranità della maggioranza; non già, tuttavia, con riferimento alla maggioranza parlamentare, bensì ad un « potere composito, perché a formarlo concorrono soggetti appartenenti all'organizzazione diretta dello Stato e soggetti ad essa estranei », e cioè al blocco di forze politiche, cementate e stabilizzate dal partito, che sono, in un momento dato, maggioranza nel popolo, nel corpo elettorale e in Parlamento. Peraltro, nemmeno sotto questo aspetto, che trascende i limiti della presente indagine, sembra possa consentirsi senza qualche riserva all'opinione del chiaro A., la quale muove coerentemente da un diverso modo d'intendere quella potestà di governo, che, nelle sue espressioni supreme (quindi, incondizionate e viceversa condizionanti ogni altra attività pubblica) appartiene, per l'art. 1 Cost., al popolo. Il M. traduce, infatti, tale concetto in quello di potestà di indirizzo politico; né si vuole qui contestare che quest'ultima, ma nel più ristretto e specifico significato accolto in queste pagine, spetti per l'appunto, nell'ordinamento vigente, al raccordo Governo-maggioranza, e possa farsi risalire, perciò, in ultima analisi e quanto alla sostanza al partito o alla coalizione di partiti che detiene la maggioranza (sopra, spec. nota 10 al n. 3, nota 24 al n. 6 e n. 8, nel testo). Ma la potestà di (determinazione dell') indirizzo politico è soltanto una tra le manifestazioni della potestà di governo (del governare, in senso ampio); oltre ad essere condizionata dalle scelte più generali effettuate dal popolo, attraverso il corpo elettorale, è altresì variamente influenzata nel suo esplicarsi da una serie di interventi popolari, che non passano sempre per il canale obbligato del corpo elettorale, ma si esprimono anche attraverso l'esercizio dei diritti di libertà civile e politica (petizione, iniziativa legislativa, *referendum*; libertà di riunione, di critica e discussione pubblica; attività dei partiti e sindacale, diritto di sciopero, ecc.). Molteplici e diverse sono, dunque, le forme nelle quali i cittadini (tutti i cittadini, singolarmente e tra loro raggruppati) partecipano all'esercizio della sovranità (analogamente, ESPOSITO, *Commento all'art. 1*, cit., nota 10 a p. 10). Nemmeno le manifestazioni di volontà del corpo elettorale sono sempre riconducibili, a loro volta, sussistendo pluralità di partiti e vigendo sistemi proporzionalistici, alla sola maggioranza, come lo sono, invece, nel *referendum*. Quella determinata composizione qualitativa delle Assemblee, non tanto può dirsi voluta dalla maggioranza, quanto piuttosto è la risultante dei voti espressi da tutti gli elettori; in modo ancor più evidente, la scelta programmatica, implicita nell'atto elettivo, non può certo ridursi ai termini semplicistici di un rapporto maggio-

tiche minoritarie: la mancata approvazione, in seconda lettura, di una proposta di legge costituzionale con la maggioranza di due terzi, sospende l'efficacia della deliberazione, aprendo la via all'eventuale *referendum* di approvazione, il cui esito negativo verrebbe poi a togliere ogni effetto giuridico al procedimento legislativo svoltosi e conclusosi in Parlamento. Cinquecentomila elettori possono chiedere il *referendum*, sia di approvazione sia di abrogazione, ed analoga potestà è riconosciuta, quanto al primo, oltre che a cinque Consigli regionali, ad un quinto dei membri di una delle due Camere; cinquantamila elettori sono legittimati ad esercitare l'iniziativa popolare delle leggi; un terzo dei deputati o dei senatori può chiedere la convocazione straordinaria della rispettiva Assemblea, mentre un decimo (od un quinto dei componenti la singola Commissione) può determinare il passaggio all'Assemblea di un disegno di legge pendente dinanzi ad una Commissione legislativa in sede deliberante.

D'altro canto, nel *referendum* abrogativo e nel *referendum* costituzionale, la volontà espressa dalla maggioranza dei votanti si contrappone, con efficacia prevalente e decisiva, alle precedenti deliberazioni legislative dello Stato o — rispettivamente — degli organi parlamentari. Dipenderà dalla natura e dalla maggiore o minore rilevanza, ai fini dell'indirizzo politico governativo, della legge (abrogata) o del disegno di legge costituzionale (di cui vengono preclusi l'ulteriore perfezionamento e l'efficacia), se in tale fenomeno dovrà di volta in volta ravvisarsi un più generale dissenso programmatico, sopravvenuto dopo le ultime elezioni, tra maggioranza parlamentare e maggioranza popolare (nel qual caso, il risultato del *referendum* avrà anche significato di voto di sfiducia diretto, provocando le dimissioni del Governo e lo scioglimento delle Camere); ovvero l'episodico ed eccezionale degradare della maggioranza parlamentare in effettiva minoranza nel Paese, limitatamente ad una singola e specifica questione e senza ulteriori ripercussioni, perciò, sulla situazione parlamentare. Pur non potendo mai raggiungere così vasta portata politica, anche il *referendum* cosultivo, regolato nelle sue varie forme dagli artt. 132 e 133 Cost., spiega senza dubbio effetti condi-

ranza-minoranza, ma si articola in una molteplicità di manifestazioni, parziali e differenziate, di volontà politica, nessuna delle quali potrebbe considerarsi irrilevante (quanto meno, quale limite all'indirizzo politico).

zionanti, almeno in talune ipotesi ([59]), nei confronti delle eventuali successive deliberazioni delle Assemblee: si configura pertanto esso pure come un correttivo delle istituzioni rappresentative, riallacciantesi alla posizione giuridica di preminenza riconosciuta al popolo, e quindi, per quanto ora interessa, come un limite esterno ai poteri della maggioranza parlamentare.

Altri limiti, poi, sono, invece, sottratti alla disponibilità delle forze politiche attive ed affidati ad organi imparziali: è il caso, appunto, delle competenze presidenziali, accanto alle quali è lecito qui ricordare le competenze della Corte costituzionale ([60]). Le stesse autonomie locali, infine, sono suscettibili di assumere una funzione di limite, non soltanto — com'è di maggiore evidenza — quando il voto popolare abbia espresso amministrazioni di colore politico eterogeneo rispetto a quello del binomio Governo-maggioranza parlamentare, ma anche, in una certa misura almeno, quando sussista omogeneità, per la inevitabile specificazione degli indirizzi politici in rapporto alla naturale differenziazione degli interessi collettivi su scala locale ([61]).

Ma allora, se tutto questo è vero, dovrà escludersi bensì che il sistema italiano possa qualificarsi « maggioritario », ciò che non significa, peraltro, che non sia più sistema parlamentare, dal momento che la forma maggioritaria è una sottospecie particolare del tipo parlamentare, e per giunta una sottospecie recente, tardivamente apparsa nel corso dell'evoluzione storica. In altri termini, sembra possa dirsi, riassuntivamente, che il principio monistico, nel quale si conclude — nell'epoca contemporanea — tale evoluzione, è mantenuto fermo,

([59]) Cfr., anche per qualche dubbio sulla esatta collocazione del *referendum* di cui alla prima parte dell'art. 132, CRISAFULLI, *Norme regionali e norma statali in materia di referendum*, in *Riv. amm.*, 1955, 8, par. 1 e par. 5.

([60]) In ordine alla incidenza della Corte costituzionale sul meccanismo della forma parlamentare sia consentito, per brevità, rimandare al nostro scritto *La Corte costituzionale*, loc. cit., *passim*.

([61]) Anche il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, previsto dall'art. 99 Cost. e disciplinato dalla legge 5 gennaio 1957, n. 33, recando all'esercizio della funzione legislativa l'apporto di specifiche competenze tecniche e di rappresentanze sezionali di interessi, si inquadra tra i numerosi elementi modificativi del sistema parlamentare tradizionale, costituzionalmente accolti (così da ultimo GROSSI, *op. cit.*, pp. 533-534), sebbene, non essendo in alcun caso il suo parere obbligatorio, non sembra possa propriamente parlarsi, per il nuovo organo, di un limite alla maggioranza (ravvisabile, semmai, limitatamente alla potestà di iniziativa per le materie di cui all'art. 10 della l. cit.).

quanto alla potestà di determinazione dell'indirizzo politico statale, pienamente garantita dal raccordo Governo-maggioranza, ma è poi temperato dalla presenza dei limiti ora rilevati, e segnatamente, perché in più intima connessione con le possibilità di attuazione dell'indirizzo stesso, dalle competenze riservate al Presidente della Repubblica ([62]).

([62]) Diversamente, MORTATI, *Istituzioni*, loc. cit. alla nota 58, rilevando l'inapplicabilità al sistema italiano dello schema monistico e parlando, invece, di sistema pluralistico: definizione, senza dubbio, esatta, se riferita al vario e differenziato articolarsi dell'esercizio della sovranità popolare, mentre per quanto riguarda l'indirizzo politico in senso stretto, sembra doversi giungere piuttosto alle conclusioni accennate nel testo.

V.

PARTITI, PARLAMENTO, GOVERNO

Relazione al I Congresso Nazionale di Dottrina dello Stato: « La funzionalità dei partiti nello Stato democratico » (Trieste, 1966), pubblicata nei relativi *Atti*, Milano 1967.

1. Si deve dare qui per scontata, preliminarmente, perché non rientra nel tema assegnato a questa relazione e costituisce d'altronde l'ipotesi di base sulla quale è articolato l'intero convegno, l'essenzialità di partiti, *al plurale*, ad aversi governo democratico rappresentativo, e più specialmente quella particolare figura di governo rappresentativo che, pur nelle sue numerose varianti, si conviene designare come governo parlamentare, e che *grosso modo* si ritiene attualmente vigente in Italia. Più specialmente ancora: l'essenzialità, al giorno d'oggi, in regime di suffragio universale, di partiti saldamente organizzati, con strutture stabili e permanenti, quotidianamente operanti nel Paese, oltre e prima che nelle assemblee parlamentari e locali: che non sono, cioè, né semplici partiti « elettorali », né semplici partiti o gruppi « parlamentari », pur presentandosi di volta in volta *anche* sotto l'uno e l'altro di questi aspetti.

Un'altra premessa, che pure ci si deve limitare, in partenza, a presupporre come pacifica, concerne la nozione stessa di « partito ». Alla stregua di quali criteri, dal tipo generale delle associazioni, si stagli e differenzi quella categoria di gruppi associativi organizzati che chiamiamo partiti, ed ai quali fa specifico riferimento la nostra Costituzione nel suo art. 49, disciplinando invece le associazioni in genere (o *le altre associazioni?*) nell'art. 18, è indagine che non potrebbe in questa sede neppure essere accennata. Bisogna contentarsi di accogliere quel che vi è di più attendibile e di comune nelle diverse ricostruzioni proposte dalla dottrina, conformemente del resto al più diffuso modo di sentire, e cioè che i partiti tendono, per loro natura e vocazione, a far valere e prevalere un determinato programma di azione politica, conquistando la direzione della vita pubblica e comunque influendo — *in modo organico e continuativo* — sopra coloro che in atto la detengono. Sono, in altri termini, portatori di altrettante diverse concezioni dell'« interesse generale »: concezioni *di parte*, naturalmente, ma *totali*, se è vero, secondo l'acuta intuizione di Ugo Spirito, che in ogni partito si cela *in nuce* il « partito unico », poiché ognuno si pone, ad un tempo, come « parte » e come « tutto », ed è proteso verso il tutto.

Sono, in sostanza, i medesimi motivi sui quali si suol fondare la contrapposizione tra rappresentanza « politica » e rappresentanza di interessi economico-professionali, o più largamente di gruppi e categorie (rappresentanze *lato sensu* corporative), che dovrebbero servire a caratterizzare i partiti, diversificandoli da altri fenomeni associativi, quali anzitutto i sindacati, che si propongono (o dovrebbero proporsi), invece, la tutela di limitati e particolari interessi, pur se collettivi. Non che interessi di vario genere, ed anche e specialmente economici, non stiano alla base del formarsi dei partiti, né che coloro i quali ad un partito aderiscono, militandovi o dandogli l'apporto del loro consenso e del loro suffragio, non se ne ripromettano spesso il conseguimento di scopi egoistici, di gruppo e persino talora individuali; ma l'importante è che il ruolo spettante ai partiti consiste nel decantare la grezza immediatezza degli interessi particolari, di cui pur sono concretamente materiati, misurandoli e commisurandoli alla stregua di una determinata interpretazione dell'interesse generale; nel comporre e ordinare in una prospettiva organica e unitaria gli specifici contingenti problemi, le singole puntuali esigenze scaturenti dallo sviluppo della vita associata; nel proporsi, infine, come bene è stato detto dall'Esposito, di influire « *in principio, in genere*, sulle decisioni politiche della comunità statale ».

I partiti, dunque, stando allo schema più comunemente accolto, ed accolto a chiare lettere dalla Costituzione, sono strumenti della rappresentanza « politica », intesa quale rappresentanza *generale*, ad essi spettando il compito di immettere il popolo come totalità nello Stato come unità. Che poi, in pratica, nella realtà odierna, troppo spesso i partiti si dimostrino incapaci di assolvere al ruolo che sarebbe loro proprio e (teoricamente) congeniale, degenerando in esponenti di interessi sezionali di volta in volta diversi a seconda delle circostanze, mentre viceversa altri gruppi organizzati, e tra questi gli stessi sindacati, finiscano per svolgere per conto loro attività propriamente politica, non di rado in concorrenza con i partiti; che le articolazioni della società civile (nel senso hegeliano: raggruppamenti professionali, sindacali e parasindacali, organizzazioni confessionali e movimenti ideologici...) tendano sempre più a travalicare nell'ambito della società politica, ad assumere peso e rilievo politico, talora dietro lo schermo dell'uno o dell'altro partito ed utilizzandone le strutture organizzative, ma talora anche in veste di veri e propri pubblici interlocutori dei partiti, è un altro discorso. È il discorso cui approderemo parlando della crisi attuale delle istituzioni rappresentative e

dei partiti politici che dovrebbero alimentarle. È risaputo, del resto, come le premesse che abbiamo convenuto di accettare quale punto di partenza delle nostre discussioni, e che — ripeto — stanno certamente alla base del sistema costituzionalmente adottato, siano in realtà tutt'altro che pacifiche, così nel pensiero politico-giuridico come nella esperienza storica concreta: il tentativo di instaurare forme di democrazia rappresentativa valendosi di strumenti diversi dai partiti, quale che sia il giudizio di valore che si voglia darne, piaccia o non piaccia, insomma, è stato ripetute volte intrapreso, all'insegna di principî ideologici svariatissimi, ed è oggi in atto su larga scala, nelle più diverse forme, in tanta parte del mondo contemporaneo.

2. La nostra Costituzione contiene, com'è ben noto, un riconoscimento dei partiti, e forse meglio deve dirsi della *esistenza* e del *perché* dei partiti, in quell'art. 49, che forma sistema con l'art. 1, enunciante a sua volta il principio della « sovranità popolare ». Vorrei far notare subito però che, anche letteralmente, l'art. 49 non tanto sancisce particolari diritti *dei partiti*, quanto piuttosto afferma e garantisce un diritto *dei cittadini* (sono questi, infatti, il soggetto, logico e lessicale, della disposizione costituzionale): il diritto, appunto, « di associarsi liberamente in partiti per concorrere a determinare con metodo democratico la politica nazionale ». Dove la funzione *strumentale* dei partiti rispetto all'attuazione del principio democratico e della sovranità popolare non potrebb'essere più incisivamente scolpita e dove è altresì chiaramente espresso che i partiti sono assunti in Costituzione come forme di autogoverno dei cittadini, libere associazioni di uomini liberi accomunati da certi ideali e programmi politici.

Sbaglierebbe, però, chi credesse che la proclamazione dell'art. 49 si esaurisca in se stessa, tutt'al più enunciando, in relazione alle esigenze dei tempi, un nuovo diritto di libertà politica dei cittadini. Benché dal testo della Costituzione esuli ogni ulteriore *espresso* riconoscimento del ruolo dei partiti, questi sono tuttavia ben presenti, puntualmente sottintesi nel funzionamento delle assemblee parlamentari e nel meccanismo dei rapporti tra Parlamento e Governo: e logicamente, deve aggiungersi, dal momento che l'averne riconosciuta una volta per tutte la funzione caratteristica sul terreno dell'indirizzo politico implicava il riconoscimento della realtà partitica nell'ambito parlamentare, con speciale riferimento al raccordo Governo-Parlamento.

I partiti sono riguardati, dunque, dalla Costituzione nella loro duplice connessa figura di modi di autoorganizzazione spontanea del

popolo e di « ponte » tra popolo, Camere e Governo (va da sé che concetti analoghi si applicano, *mutatis muatndis*, ai rapporti tra popolo, Consigli e Giunte regionali). « *Concorrere a determinare la politica nazionale* » poteva ancora significare, restrittivamente, formare mediante elezione gli organi-base dello Stato apparato, quando si muoveva dall'idea della cosidetta « sovranità *nazionale* », intesa come diversa dalla « sovranità *popolare* ». Poiché la Nazione, con la iniziale maiuscola, come ha detto l'amico Leoni, concepita come sintesi di passato, presente e futuro, è un'astrazione, e come tale non ha né può avere alcuna volontà da esprimere né alcun potere da esplicare, la *vera* sovranità si identificava con quello che, nella finzione legale, ne era soltanto l'*esercizio*. Sovrana era l'assemblea elettiva, in luogo della Nazione; « volontà generale » era la volontà maggioritaria della assemblea (o delle assemblee).

Ma non è questa la logica dell'ideologia democratica, per questa parte sicuramente accolta dalla nostra Costituzione nel suo art. 1: sovrano è *il* « *popolo* », come collettività dei cittadini viventi, e sovrano *quanto all'esercizio*, oltre che alla nuda titolarità. Più concretamente, per quel che qui direttamente interessa, ciò vuol dire che il « concorso » dei cittadini, tramite (anche, e specialmente) i partiti, alla determinazione della politica nazionale dev'essere concepito come *concorso permanente*. Il diritto affermato nell'art. 49 acquista così un senso proprio, autonomo, distinto ed ulteriore rispetto al diritto elettorale, che è anch'esso un diritto *di partecipazione* — limitato però a singole e puntuali, sebbene periodicamente ricorrenti manifestazioni.

Ed ecco, nel disegno teorico, pienamente giustificato che i partiti occupino e si suddividano tra di loro il Parlamento, sotto forma di gruppi parlamentari, e che quello o quelli tra essi che ne siano in grado per avere la maggioranza vadano al Governo, e che dunque l'unità di indirizzo politico, che è anzitutto unità di Governo e Parlamento al di là di qualsiasi meccanica divisione di poteri, si realizzi attraverso lo strumento del vincolo di partito, che tra loro collega, sottoponendoli ad una stessa disciplina, cittadini non elettori, cittadini elettori, parlamentari e uomini al Governo.

3. Tale, schematicamente, la serie dei corollari del principio della sovranità popolare, con il connesso riconoscimento del ruolo dei partiti, che possiamo ritenere accolti, esplicitamente od implicitamente, nella normativa costituzionale. E una precisa conferma ce ne vien

data dalla norma dell'art. 95, prescrivente, com'è noto, che le votazioni sulle mozioni di fiducia e di sfiducia, in seno alle Camere, avvengano per appello nominale, ossia a voto palese: in modo che ogni parlamentare se ne assuma pubblicamente la responsabilità di fronte agli elettori — *e concretamente, nei confronti dei rispettivi partiti.* Rafforzamento innegabile del vincolo di partito, ricollegantesi all'ideologia democratica della sovranità popolare.

Però, sempre stando per ora al « figurino » costituzionale, ci sarebbero anche i correttivi ed i limiti: di guisa che è lecito affermare che, se la Costituzione presuppone il sistema partitico, è tuttavia ben lungi dal consacrarne quella degenerazione che si suol chiamare, con espressione ormai invalsa nell'uso, *partitocrazia.*

Viene in considerazione, intanto ed in primo luogo, la disposizione dell'art. 67, secondo cui « ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato »: dove sembra sancito, in antitesi a quanto risultante dagli artt. 1 e 49, il tradizionale principio ottocentesco della rappresentanza « nazionale », e quindi della indipendenza degli eletti dai loro elettori (in termini di realtà politica contemporanea: *dai partiti*, che sono i veri « grandi elettori »). Ed effettivamente, c'è qui un'antinomia, nella quale si riflette la duplice anima, democratica e liberalgarantista, che si cela nelle pieghe della nostra Costituzione: superabile, quanto alla prima parte della formula (relativa alla rappresentanza *della Nazione*), solo ritenendo che, nell'art. 67 (a differenza, però, che in altre disposizioni costituzionali), « Nazione » stia per « popolo », e che usando la parola « Nazione » si sia, tutt'al più, voluto richiamare l'idea che la rappresentanza politica è rappresentanza « generale », e non di gruppi e interessi sezionali o locali, e che perciò ogni parlamentare deve perseguire l'interesse generale, sia pure, come si era in precedenza avvertito e com'è nella logica del sistema, riguardato dal particolare *punto di vista* del suo partito. Per quanto concerne poi la seconda parte dell'art. 67 (divieto del vincolo di mandato), qualche ulteriore osservazione sembra invece necessaria.

Ho già avuto occasione altra volta di rilevare come questa idea del « mandato » elettorale ricorra inevitabilmente in qualsiasi forma di rappresentanza politica e sia fortemente radicata nella coscienza comune, ad onta di tutte le sapientissime critiche mossele da giuristi e teorici della politica: la scelta elettiva non si riduce, democraticamente, alla semplice scelta di una schiera di valentuomini, ritenuti più capaci e meglio preparati, affinché governino e legiferino poi in

piena ed assoluta libertà di giudizio, ma implica (nella sua logica storica) che la scelta cada, appunto, su persone che abbiano assunto l'impegno di regolarsi in certi modi, secondo determinati orientamenti, adoperandosi per far prevalere certe soluzioni a preferenza di altre, e via dicendo. E tanto più una siffatta constatazione si impone, quando i suffragi degli elettori vanno, come nelle moderne democrazie di massa, *ai partiti*, prima che agli uomini, o comunque e quanto meno agli uomini, perché esponenti dell'uno o dell'altro partito. Con l'avvertenza ulteriore, anzi, che nello Stato di partiti il meccanismo elettorale implica un duplice vincolo: del partito, nei confronti del corpo elettorale, e degli eletti, nei confronti del partito (strumentale, quest'ultimo, rispetto al primo). Ora, è innegabile che, formalmente, l'art. 67, nelle sue due parti, sembra escludere o disconoscere un tale rapporto verticale continuo tra la base e il vertice, tra elettori e membri del Parlamento, ponendosi così in contrasto con il principio della sovranità popolare e con la stessa disposizione dell'art. 49. Nemmeno sarebbe lecito, però, ignorare puramente e semplicemente l'art. 67, considerandolo come non scritto, specie rammentandoci la compresenza di quella che ho chiamato l'anima liberale accanto all'anima democratica nella vigente Costituzione. Non resta, allora, che ravvisare nella seconda parte dell'art. 67 un limite a possibili implicazioni estreme che volessero trarsi dal principio risultante dal combinato disposto degli artt. 1 e 49: revocabilità dei mandati, perdita del mandato in conseguenza di espulsione o dimissioni dal partito, e simili.

In quest'ordine di idee, l'art. 67 potrebbe fors'anche offrire una giustificazione costituzionale al mantenimento, nei regolamenti parlamentari, dell'istituto del voto segreto e della regola della prevalenza della richiesta di voto segreto, nel caso di concorso di diverse domande (e salvo i casi, naturalmente, nei quali, in omaggio ai postulati democratici, la stessa Costituzione prescriva il voto palese, come per le mozioni di fiducia e sfiducia). Sono consapevole di essere, sul punto, contro corrente, e mi guardo bene dal disconoscere le rispettabilissime ragioni che si adducono in favore dell'abolizione del voto segreto. Insisto peraltro nel ritenere che, *rebus sic stantibus*, il voto segreto rappresenta una delle rare occasioni in cui può ancora manifestarsi, anche se in modo poco coraggioso, l'indipendenza di giudizio e la libertà di coscienza del singolo parlamentare, limitatamente almeno a problemi particolari che non involgano nel suo insieme il rapporto fiduciario tra maggioranza e Governo.

Trovo fra le mie vecchie schede questa arguta osservazione di due uomini politici francesi, Caillaux e Chéron, sotto la III Repubblica: che bisogna permettere il voto segreto *afin que les élus puissent se cacher pour servir l'intérêt général...* Si può replicare che non è questa la regola, e che anzi in pratica la copertura del segreto vale spesso a contrapporre vedute e ambizioni personalistiche, interessi clientelari e settoriali agli orientamenti politici dei Governi e delle rispettive maggioranze; a fomentare divisioni e discordie tra partiti alleati; a sostituire l'intrigo sotto banco al dialogo e al franco contrasto delle opinoni. D'accordo, ma questi sono gli aspetti patologici, e fatti di costume deteriore, cui dovrebbe cercarsi di ovviare in altra sede (garantendo nell'ambito di ciascun partito piena libertà di opinione e di critica, regolare circolazione dei gruppi dirigenti nel rispetto dei canoni della dialettica maggioranza-minoranza; rafforzando l'autorità dei gruppi parlamentari ed assicurando loro una effettiva autonomia di decisioni e di comportamento). Il piano sul quale ci si colloca, quando si ravvisa nel voto segreto un corollario dell'art. 67, e cioè una garanzia di indipendenza dei membri delle Camere, vuol essere diverso e più alto.

Né sembra obiezione decisiva che il mantenimento del voto segreto giuochi in senso sfavorevole alla auspicabile stabilità ed efficienza dei Governi, prima di tutto perché Governo « forte » è quello assistito da un reale e leale consenso, e non già quello costretto a puntellarsi ad ogni passo sul timore di sanzioni disciplinari o di rappresaglie, e poi perché non manca certo ad un Governo il mezzo per ottenere l'approvazione parlamentare di proposte ritenute necessarie all'attuazione del suo indirizzo politico (col porre la « questione di fiducia »: della quale, in verità, non vi è traccia nel testo della Costituzione, ma che la prassi ormai pacificamente conosce e riconosce). E del resto, la norma costituzionale dell'art. 94, cui avremo ancora occasione di accennare tra poco, escludente la sfiducia implicita nel rigetto di proposte governative, a me pare si saldi coerentemente con l'ammissione del voto segreto, laddove non sia in giuoco l'indirizzo generale politico del Governo.

4. Proseguendo ad esporre rapidamente i limiti che la normativa costituzionale pone alla influenza dei partiti, incontriamo quelli, *assolutamente preclusivi*, per dir così (e dei quali nemmeno varrebbe la pena di occuparsi, tanto la cosa dovrebbe considerarsi ovvia), segnati, oltre che dai principî che presiedono all'organizzazione della

funzione giurisdizionale, dai poteri del Presidente della Repubblica e dalle competenze della Corte costituzionale.

L'indipendenza del giudice — di qualsiasi giudice, ordinario e speciale — è principio costituzionale fermissimo: « i giudici sono soggetti soltanto alla legge » (art. 101, secondo comma) e la magistratura, in particolare, « costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere » (art. 104), ed a maggior garanzia è istituito il Consiglio superiore della magistratura, cui spettano le competenze amministrative e disciplinari concernenti la carriera e lo *status* dei magistrati ordinari. Poiché non mancano alcuni che vanno farneticando di elezione dei giudici, e dei giudici popolari per ogni dove, appoggiandosi sulle norme della Costituzione che prevedono la nomina di magistrati onorari, « anche elettivi », per le funzioni attribuite « a giudici singoli » e che rinviano alla legge di regolare « i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia », è bene sottolineare che l'intero *corpus* delle norme costituzionali sulla funzione giurisdizionale rivela chiarissimamente la prevalenza del principio garantista sul principio democratico: la regola è, infatti, quella espressa nel primo comma dell'art. 102, per cui « la funzione giurisdizionale è esercitata *da magistrati ordinari* istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario », che integra e completa l'altra, testè ricordata, per la quale i giudici, *tutti i giudici* (anche se, eventualmente, non di carriera) sono soggetti soltanto alla legge — non rappresentano dunque il popolo, non hanno da esprimere una più o meno arcana coscienza giuridica popolare, ma devono semplicemente applicare imparzialmente la legge, e sono liberi e indipendenti proprio in quanto dipendenti « soltanto » dalla legge.

Il Capo dello Stato, a sua volta, non è organo rappresentativo nel senso in cui lo è il Presidente degli Stati Uniti, ad esempio, o nel senso in cui lo sono, da noi, le Camere del Parlamento; ma è organo *super partes,* chiamato a rappresentare, come dice, con espressione suggestiva, l'art. 87 Cost., « l'unità nazionale », e cioè, fuor di metafora, a tutelare gli interessi fondamentali e permanenti della comunità statale, a garantire il corretto e regolare funzionamento dei poteri politicamente attivi. Né ha un carattere rappresentativo, malgrado il modo della sua formazione, la Corte costituzionale, destinata ad applicare imparzialmente la norma costituzionale, prescindendo, in linea di principio, da ogni contingente valutazione politica.

Purtroppo, la prassi non sempre si è mostrata molto consapevole di questi presupposti del sistema, del vero significato, voglio di-

re, di questi grossi pilastri, davanti ai quali dovrebbe infrangersi la ingerenza dei partiti. Le elezioni presidenziali sono state, in realtà, teatro di scontri ed intrighi interpartitici e tra correnti di partiti, talora poco edificanti; mentre, quanto alla Corte costituzionale, l'alto *quorum* prescritto (da legge ordinaria) per la elezione dei cinque giudici di nomina parlamentare — e prescritto proprio per non farne degli esponenti diretti delle varie forze politiche — ha consentito e consentirà ancora, al contrario, contrattazioni tra partiti, richieste di essere « rappresentati » (?), « veti » e baratti. Oltre tutto, inutili, perché se gli uomini preposti all'ufficio di giudici costituzionali sono dei galantuomini, come sempre lo sono stati finora, si affrettano a dimenticare su designazione di quale partito e con quali voti sono stati eletti, per assolvere al proprio compito con la dignitosa imparzialità del giudice, *viva vox constitutionis*. E lo stesso vale, ovviamente, per gli uomini chiamati al più alto ufficio di Presidente della Repubblica.

5. Più direttamente pertinenti al nostro tema i limiti derivanti dagli artt. 97 e 98: principio di « imparzialità » della pubblica amministrazione; i pubblici impiegati (da reclutarsi di regola con la garanzia del pubblico concorso) sono « al servizio esclusivo della Nazione » (non, dunque, di una parte politica, e sia pure dei partiti al Governo).

Qui si sfiora un delicato problema, sul quale si va da qualche tempo richiamando l'attenzione dei giuristi e degli operatori politici: i rapporti tra Governo e amministrazione, tra ministro politico e funzionario amministrativo. Può esser vero quello che ha osservato l'amico Giannini in alcuni suoi scritti più recenti, che la Costituzione abbia inteso garantire una certa forma di indipendenza dell'apparato amministrativo nei confronti del potere politico, esprimentesi nel Governo: ma il problema, che qui è soltanto possibile evocare di sfuggita, è di precisare in qual senso ed entro quali limiti questo rilievo sia esatto, poiché il ministro resta pur sempre il capo politico del dicastero cui è preposto e risponde politicamente dell'attività (o della inattività) dei suoi uffici, che gli spetta dirigere e controllare.

Infine, e con più specifico riferimento al Governo, rammentiamoci le accurate cautele disposte in Costituzione al fine di garantirne la stabilità e l'unità di azione. Sotto il primo aspetto, viene in considerazione la minuziosa disciplina dell'art. 94 quanto alla formazione e alle dimissioni del Governo, con particolare riguardo alla mozione

iniziale di fiducia e alle eventuali mozioni di sfiducia. Sotto il secondo aspetto, l'attenzione va richiamata sulla figura e le connesse responsabilità del Presidente del Consiglio, al quale spetta dirigere la politica generale del Governo e mantenere l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, « promuovendo e coordinando l'attività dei ministri » (art. 95).

In un sistema costituzionale, *tout se tient*, evidentemente: e non a caso, ma proprio perché il Presidente del Consiglio avrebbe istituzionalmente quei certi poteri e doveri, a lui spetta *proporre* al Capo dello Stato la nomina di coloro che saranno i suoi immediati collaboratori, vale a dire dei ministri (art. 92). Recentemente, durante l'ultima crisi di Governo, c'è stato uno strano ritorno di fiamma attorno a questa norma dell'art. 92, quasi che il semplice richiamarsi alla lettura di un testo costituzionale possa fare da dirompente in una situazione fattasi concretamente ben diversa. Se la *proposta* è di competenza del Presidente del Consiglio, non possono i partiti o peggio le varie correnti dei partiti, si è detto, arrogarsi poteri di imposizione e di « veto »: giustissimo, in teoria, sul piano dei principî; e piace ricordare che toccò la prima volta, se non erro, nel 1954, all'allora Presidente della Repubblica LUIGI EINAUDI, rivendicare la libertà di scelta e proposta del Presidente del Consiglio, e con ciò stesso anche le proprie competenze in ordine alla nomina dei ministri, contro la preclusione nei confronti di una determinata persona, formalmente espressa in un ordine del giorno dei comitati direttivi dei gruppi parlamentari del partito di maggioranza: la proposta del Presidente del Consiglio, scrisse allora Einaudi, dev'essere la « sua » proposta, e non « una proposta condizionata da una esclusiva pronunciata da chi la Costituzione non delega a siffatto ufficio ». Non si poteva dire di più, né meglio. Ma dopo?... Dopo, la prassi è andata sempre più orientandosi nel senso di fare dei ministri altrettanti « delegati » al Governo dei rispettivi partiti: e fossero soltanto « delegati » dei partiti, ma sono anche e soprattutto « delegati » delle correnti in cui si articolano a loro volta i partiti!...

Con questo non si vuol dire, naturalmente, che il Presidente designato, nel corso delle trattative per formare un Governo, debba ignorare le istanze e i desiderata dei partiti con i quali si appresta a collaborare, specie quanto al dosaggio delle forze nella strutturazione del futuro Governo (oltre tutto, *non lo potrebbe*, se davvero vuole riuscire nell'intento). Ma a lui spetta l'ultima parola, in particolare in ordine alla scelta degli uomini da preporre ai singoli dicasteri

(l'ideale sarebbe « l'uomo giusto al posto giusto »), a lui valutare, filtrare discrezionalmente e far propri suggerimenti e richieste. E quale può essere altrimenti l'autorità di un Presidente del Consiglio nei confronti di ministri che gli sono stati imposti e che ha dovuto, con buona o mala grazia, subire?...

La posizione costituzionale del Presidente del Consiglio è d'altronde notoriamente indebolita dal modo in cui finiscono per atteggiarsi i suoi rapporti con il partito che lo ha designato, con il suo proprio partito, del quale rischia di diventare anch'egli un « delegato », quando non si riduca addirittura a esponente di una particolare corrente.

Nell'esperienza britannica, è il *Premier* che decide per il suo partito, non il partito per lui, ond'è, guardando alla somma di poteri effettivi che si concentrano nel Primo ministro, che questi vien detto un « re senza corona ». Troppo spesso, da noi, al Presidente del Consiglio meglio converrebbe l'epiteto di « re travicello ».

6. Siamo giunti così, del tutto spontaneamente e quasi senza un disegno preordinato, a parlare della crisi delle nostre istituzioni parlamentari. Dal sistema, come dovrebbe essere, al sistema qual è: che vuol dire, purtroppo, dalla fisiologia alla patologia, dal quadro delle funzioni a quello delle disfunzioni.

Intendiamoci, la crisi non riguarda soltanto l'Italia, non è fenomeno isolato nel tempo e nello spazio, anche se si colora diversamente in relazione alle diverse circostanze che sono peculiari di ogni regime storicamente determinato, e se attualmente assume da noi una particolare gravità. Senza cadere nel paradosso, si potrebbe anzi dire che, fin dal suo primo trapianto nei Paesi del continente, il sistema parlamentare più o meno modellato sull'« originale » britannico ha dato luogo a critiche, anche vivaci, ed a pesanti riserve, che ne hanno costantemente seguito ed accompagnato lo sviluppo. E persino in Inghilterra, si registrano oggi alcune disfunzioni e distorsioni, che alterano nell'insieme l'immagine alquanto ottimistica, ed in qualche modo idealizzata, che siamo soliti coltivare del meccanismo costituzionale britannico. Certo è tuttavia, che il sistema regge ancora bene quando sia fondato sul bipartitismo, e quando ciascuno dei due grandi partiti che si contendono, in condizioni di eguaglianza e di mutuo rispetto (e, soprattutto, di *sicurezza* reciproca) l'ascesa al potere, è sufficientemente compatto, stretto attorno ad un *leader* riconosciuto, che si presenta anzitutto come un *leader* parlamentare e

che, essendo il partito al Governo, cumula in sé la duplice veste di Primo ministro e di capo del partito.

Di qui, il grande vantaggio, generalmente ammesso, del sistema inglese: nel quale, attraverso le elezioni per i Comuni, il popolo elegge in definitiva, indirettamente, il Primo ministro; mentre da noi, come già avveniva nella Francia della III e IV Repubblica, qualsiasi combinazione governativa diventa poi possibile, una volta tornati a casa gli elettori, entro i soli limiti, estremamente generici, segnati dai risultati elettorali (le grandi « scelte » popolari implicite nell'atto elettivo, che noi costituzionalisti teorizziamo, si riducono spesso, in realtà, a ben poca cosa, ed hanno un valore piuttosto di limite negativo anziché di indicazione positiva).

Sono concetti risaputi, quasi banali ormai: che il pluripartitismo altera sostanzialmente lo schema di un buon sistema parlamentare, e che una alterazione ancor maggiore deriva da una situazione come quella italiana, in cui i partiti tendono a configurarsi come « partiti di correnti » ed ogni corrente è quasi un partito nel partito, che svolge attività esterna, diciamo così, *negoziale*, nei confronti degli altri partiti o di determinate correnti di altri partiti. Le correnti, intendiamoci, sono — originariamente — un fatto di libertà, ed in questo senso è bene che ci siano, sono anzi da tutelare per garantire una sana circolazione di idee ed un ricambio di gruppi dirigenti all'interno dei partiti: ma una cosa sono le correnti di opinione, altra le correnti organizzate, cristallizzatesi a loro volta come altrettanti gruppi di potere, e per giunta saldamente disciplinate da regole non scritte, assai più rigorosamente osservate che non le regole statutarie.

L'instabilità dei Governi è uno tra i risultati negativi che solitamente si considerano frutto di situazioni del genere, sebbene debba osservarsi che, come l'esperienza ha dimostrato, non sempre stabilità ed efficienza governativa vanno di pari passo, un Governo potendo essere stabile senza essere efficiente, anzi proprio *perché non efficiente*. Trovo nel Duverger l'esemplificazione, tratta dall'esperienza della IV Repubblica, di due tipi di stabilità governativa senza efficienza: l'immobilismo « ruminante » e l'immobilismo « ringhioso ». Immobilismi, comunque, l'uno non meno dell'altro.

Del resto, in tema di stabilità governativa, e ferme le riserve ora accennate, abbiamo visto nel corso della esposizione precedente, come la nostra Costituzione si sia preoccupata di garantirla, dettando apposite e circostanziate norme sul rapporto fiduciario Governo-Parlamento. Senonché, com'è stato da più parti osservato, la Costituzione

era ed è, per questa parte, in ritardo di trenta o quarant'anni: dopo aver riconosciuto il ruolo effettivo dei partiti moderni, se n'è dimenticata, per disciplinare il rapporto fiduciario come se le assemblee parlamentari di oggi fossero formate di « notabili », articolate in gruppi dai confini evanescenti e mutevoli, se non capricciosamente volubili. La stabilità del Governo, l'efficacia dell'Esecutivo (come si diceva una volta) non sono più messe in pericolo dai « colpi di mano » parlamentari (ci sono ancora, talvolta, è vero, ma si tratta di fenomeno residuale). È di fronte agli apparati dei partiti, che si devono porre le necessarie garanzie; è nei confronti degli stessi partiti di maggioranza, che si rende indispensabile assicurare l'autonomia e la pienezza di prerogative del Governo.

La Costituzione regola minuziosamente le condizioni in cui può votarsi la sfiducia, con conseguente obbligo di dimissioni del Governo: ebbene, tutte le crisi sono state extraparlamentari, senza voto di sfiducia *ex* art. 94. La Costituzione afferma che il semplice rigetto di una proposta governativa non importa obbligo di dimissioni (niente « sfiducia *implicita* », dunque): ebbene, è stato proprio in occasione di votazioni su proposte governative (in sede di bilancio e di approvazione di disegni di legge) che si sono verificate le sole dimostrazioni di sfiducia in Parlamento, e il più delle volte i Governi ne hanno tratto le conseguenze dando le dimissioni.

Ed ancora. La Costituzione separa nettamente la responsabilità politica *dei singoli ministri*, per gli atti del loro dicastero, da quella *dell'intero Governo*, per gli atti deliberati in Consiglio dei ministri, come pure da quella connessa ai poteri di direzione e coordinamento del Presidente del Consiglio: disposizione importantissima, questa dell'art. 95, che tenderebbe a consentire alle Camere di esplicare *sul serio* la loro funzione di controllo sull'attività dei ministri, e quindi, indirettamente, delle amministrazioni da essi dipendenti, senza rischiare di mettere con ciò in crisi il Governo. Ma, anche qui, il congegno costituzionalmente apprestato si rivela poco consistente, poiché anche quando, giuridicamente, non sarebbe in giuoco la solidarietà governativa, si fa sentire in pratica la solidarietà di partito o di coalizione e l'arma del controllo parlamentare rimane affidata alle sole mani dell'opposizione.

Beninteso, una tale evenienza si verifica, per quel che ne sappiamo, anche nella forma parlamentare « maggioritaria » britannica del nostro tempo, e soggiungerei che non potrebb'essere altrimenti, stante lo sbocco *monistico* dei sistemi parlamentari. Per riprendere un rilie-

vo molto fine del Duverger, riferito proprio alla forma parlamentare inglese, diciamo pure, allora, che la vera divisione dei poteri diventa, modernamente, quella tra il potere *di governare* (inclusivo del legiferare) e il potere *di controllare*: il primo spettando alla maggioranza, il secondo all'opposizione. Può darsi che il rilievo sia esattissimo, salvo più attenta verifica in punto di fatto, in relazione all'esperienza di diversi ordinamenti di tipo parlamentare. Ma c'è una bella differenza, comunque, fra il controllo di una opposizione che si atteggia, come in Inghilterra, in funzione di alternativa al Governo in carica, e quello di una opposizione che viene sistematicamente esclusa (o si autoesclude, non importa adesso) dalla possibilità stessa dell'alternativa, e che per altro verso non ha una propria struttura unitaria, risultando da più opposizioni (di « sinistra » e di « destra ») tra loro radicalmente divergenti ed in conflitto. Questo secondo tipo di controllo parlamentare sarà, per forza di cose, più genericamente propagandistico, agitatorio, demagogico, ed in ultima istanza e per ciò stesso destinato a rimanere sterile.

C'è poi un'altra difficoltà. Giacché, anche in sede politica, troviamo un controllo, non dirò di legittimità, ma quanto meno ragguagliato a criteri oggettivi di interesse generale (o che fa mostra di rifarsi a tali criteri), e così ad esempio sulla legalità, imparzialità, convenienza dell'azione governativa ed amministrativa, sul costo di un pubblico servizio, sul buon uso del pubblico denaro, e via dicendo. E troviamo un altro controllo, più schiettamente politico, che è quello sui modi e tempi di realizzazione da parte del Governo dell'indirizzo politico concordato o comunque definito all'atto della fiducia iniziale (*di conformità al programma*, lo possiamo chiamare). Ma quest'ultimo, che, a differenza del primo, si configura concettualmente come un'arma della maggioranza per stimolare i Governi e rammentar loro gli impegni assunti, si svolge ormai prevalentemente all'interno dei partiti costituenti la maggioranza: sono gli organi extraparlamentari dei partiti che controllano, da questo punto di vista, i *loro* Governi ed i *loro* « delegati » al Governo. In tal modo, però, la natura di questo controllo tende a deformarsi: esso non ha più, o non ha soltanto, funzione di pungolo, ma anche ritardatrice, di remora, e persino, talora, di vera e propria opposizione, ed apre un varco larghissimo alle lotte intestine tra uomini e correnti, ai compromessi insinceri, alle sottigliezze delle discordanti interpretazioni del programma, con conseguente indebolimento dell'azione governativa.

7. La crisi della odierna democrazia parlamentare culmina e sostanzialmente si riassume nella carenza del potere statale, impotente a dominare il pluralismo erompente di poteri *privati*, siano questi i partiti o le loro correnti, siano le centrali sindacali, siano altri gruppi di pressione di varia ed incerta natura (fino a qualche anno addietro abbiamo avuto il fenomeno dei cosidetti « Comitati civici »; e si pensi oggi alle Acli, alla Federazione dei coltivatori diretti...). L'amico Miglio ci ha fatto ieri un quadro catastrofico della situazione e dei suoi prevedibili futuri sviluppi, che mi ha molto interessato. Può darsi che abbia un pochino calcato la mano, come può darsi invece che abbia perfettamente ragione: non si sa mai, quando ci si mette a fare previsioni in queste materie. Certo è, a mio avviso, che noi dobbiamo tutti reagire, e non rassegnarci passivamente davanti alle prospettive di un nuovo Medio Evo, che egli ci ha lasciato intravedere: non ci può essere dubbio, infatti, che democrazia non significa affatto assenza di potere politico unitario, ma potere rappresentativo del popolo e continuamente sottoposto a controllo e contestazione critica.

Si suol ripetere che il « grande ammalato » è il Parlamento, ma occorre aggiungere che non meno gravemente ammalati sono i Governi (più esattamente: l'istituzione stessa « Governo »), a tacere anche delle croniche insufficienze e deficienze della pubblica amministrazione; e che, all'origine prima della malattia, sono i partiti. Poiché sono essi i veri governanti (i « grandi elettori », avevo detto poc'anzi; ma anche e al tempo stesso, i « grandi eletti »), è ovvio e giusto che la diagnosi debba arrivare ai partiti. Ebbene, può sembrare paradossale, ma la critica più severa che debba muoversi ai nostri partiti non è tanto di essersi arrogati poteri che ad essi, formalmente, non spetterebbero, non di esercitare una sorta di dispotismo irresponsabile (c'è anche questo, beninteso, come già si è accennato; ma non è tutto, e forse nemmeno l'essenziale), quanto piuttosto ed in primo luogo di non esser capaci di esprimere una politica coerente e di coerentemente perseguirla, una volta giunti al Governo. È di aver mancato al compito di mediazione politica degli interessi, che ne giustifica il riconoscimento differenziato in Costituzione; di mancare troppo spesso, come ha detto benissimo poco fa il prof. Leoni, di autentica forza rappresentativa; di esaurire la loro azione nella tensione, fine a sé stessa, diretta ad ottenere e mantenere qualche porzione di potere, per distribuire incarichi e vantaggi alle loro clientele (il vecchio e deprecato fenomeno del « clientelismo » non è sparito, ha soltanto mutato di aspetto, riferendosi oggi ai partiti, anziché alle persone).

Non che difettino le ideologie, ché anzi alcuni almeno tra i nostri partiti sono anche troppo *ideologizzati*: ma il guaio si è che dalla stratosfera delle ideologie si precipita poi bruscamente, senza gradini intermedi, al terreno grezzo dei più disparati interessi di settore, compresi quelli che sarebbero a rigore repugnanti con le proclamate ideologie. Il maggior torto dei partiti attuali è forse di lasciarsi dominare dalla pressione dei gruppi particolaristici e sezionali, anziché dominarli per comporli nella sintesi politica, in quella visione globale dell'interesse generale che ciascuno di essi dovrebb'essere in grado di esprimere; di non saper dire di no, quando occorra, e di non avere il coraggio di svolgere sino in fondo un programma, per timore di creare scontenti e per ricerca di facile popolarità. Cito da un vecchio saggio del Barthélémy (che porta la data del 1935: il fenomeno, dunque, è tutt'altro che nuovo, ma oggi sta assumendo proporzioni allarmanti): « Sono sorpreso dalla facilità con cui lo Stato mi aumenta le imposte, ma esita a sottrarmi una piccola parte di reddito... Il fatto è che come contribuente sono massa amorfa, come *rentier* sono "categoria"; e *le categorie conoscono il rancore* ». I partiti temono, infatti, il « rancore » dei gruppi sezionali (e non hanno poi tutti i torti) e si lasciano strumentalizzare dai sindacati, mentre del vario intersecarsi degli interessi particolaristici si impadroniscono le correnti, che si disputano il comando all'interno dei partiti e l'influenza sui Governi: i quali sono quindi costretti a patteggiare giornalmente, su parecchi fronti alla volta, tentando di conciliare l'inconciliabile. Conseguenza, e torniamo sempre allo stesso punto: l'inefficienza dell'azione governativa, il vuoto di potere al vertice dello Stato, la legislazione caotica, frammentaria, spendereccia, un procedere a zig zag, senza una vera prospettiva ad ampio respiro.

Se vogliamo parlare di « partitocrazia », dunque, dobbiamo anche avvertire che siamo di fronte ad una partitocrazia intimamente gracile, insidiata e minata dal dilagare e dal progressivo affermarsi sulla scena politica di altre forze sociali organizzate, in gran parte, ma non tutte, di natura economica. Ecco, ad esempio, i sindacati e gli organismi parasindacali o quasi-sindacali porsi in concorrenza con i partiti, farsi portatori in proprio di programmi politici, premere per influire direttamente o indirettamente, ma in modo praticamente permanente, sulla legislazione e sul Governo. Dopo avere per tanto tempo rivendicato, e giustamente, l'autonomia e la apoliticità del sindacato, sembra giunto adesso il momento di rivendicare con altrettanta fermezza l'autonomia dei partiti, e con essi del momento politico

nella dialettica della vita associata. Di una situazione come questa, se il quadro sommariamente tracciato è esatto, occorre tener conto nella critica ai partiti, poiché, in fin dei conti, questi sono quel che possono essere nelle condizioni date e non si può chiedere loro l'impossibile. Non sarebbe onesto, per esempio, domandare ai più responsabili tra essi di immolarsi (perdendo suffragi e seggi in Parlamento e nelle assemblee locali) per riaffermare la propria dignità di operatori politici costituzionalmente « privilegiati », se così è lecito esprimersi, quando altri ce ne sarebbero ben disposti a lasciarsi strumentalizzare, nell'intento di poi strumentalizzare ai propri fini, beninteso, convogliando indiscriminatamente il « rancore » delle categorie.

Vien fatto di chiedersi, perciò, se dietro la cosidetta partitocrazia non si celino in realtà i primi germi di un processo di involuzione e decadimento dei partiti; se non stiamo assistendo, senza ancora rendercene bene conto, ad un reale esautoramento dei partiti in ordine a quella che ne sarebbe — secondo gli schemi concettuali e secondo il modello costituzionale — la funzione essenziale ed insostituibile in una democrazia moderna. Certo è che la linea di confine tra partiti ed altri movimenti e gruppi organizzati si va facendo ognor più sottile ed incerta: di tutti i criteri differenziali, che si sono ricordati riassuntivamente all'inizio, ne rimane fermo, in fondo, uno solo, più formale che sostanziale, consistente nella partecipazione diretta, con la designazione delle candidature, alle competizioni elettorali e nella conseguente e successiva attività dei rispettivi gruppi nelle assemblee parlamentari e locali. *Gli altri* (che non si autoqualificano partiti) non presentano invece proprie liste né si costituiscono in gruppi assembleari; eppure incidono anch'essi, sostanzialmente e talora in modo determinante, sulla scelta dei candidati, si inseriscono attraverso il giuoco delle preferenze nella campagna elettorale, premono poi in varie guise, ora scopertamente ora in forma occulta, come abbiamo visto, sull'attività legislativa e sull'indirizzo del Governo.

8. Gli organizzatori del Convegno non ci hanno chiesto, per nostra buona sorte, di proporre rimedi... Ci hanno chiesto di *riferire,* e per la mia parte questo ho tentato di fare, nel modo più semplice e conciso (ed anche a costo, perciò, di sorvolare su molte sfumature, che tuttavia una indagine rigorosa non potrebbe pretermettere). Ho cercato di mostrare qual è il « figurino » costituzionalmente adottato, conforme alle linee di sviluppo della rappresentanza « politica » *clas-*

sica e del sistema parlamentare, e qual è, d'altro lato, la situazione effettiva, che lo mette in crisi.

Se non mi illudo, dalle cose fin qui dette dovrebb'essere emerso che la crisi attiene, in parte, al funzionamento degli organi e degli altri operatori costituzionali nei quali specificamente si articola la forma di governo parlamentare (attiene, insomma, alla dinamica del sistema), ma per altro verso accenna ormai ad investirne gli stessi presupposti ideologici ed istituzionali, quali sono stati assunti a punto di partenza della nostra ricerca. La crisi dei partiti, nel suo duplice aspetto (solo apparentemente antinomico) di esorbitante invadenza e di sostanziale impoverimento politico, rischia, infatti, di coinvolgere le istituzioni tradizionali della rappresentanza politica: giacché, non dimentichiamolo, è attraverso i partiti che dovrebbe passare, in prima istanza, per così dire, la dimensione propriamente politica della esperienza sociale. Non può, quindi, non preoccupare il divorzio, tante volte deplorato, che va delineandosi tra società civile e società politica, quali che se ne vogliano considerare i fattori determinanti: sfiducia dello spirito pubblico, stanchezza e disorientamento della pubblica opinione, da un lato, ma anche, dall'altro, tendenza della classe politica a chiudersi in sé stessa, col progressivo professionalizzarsi e cristallizzarsi attorno a posizioni troppo spesso astratte, sostenute per amor di tesi e pretesa di coerenza ideologica più che per serio convincimento maturato da precisa conoscenza dei fatti e obiettiva analisi delle situazioni concrete.

E non è un caso, ma costituisce un sintomo di notevole gravità, che da qualche parte, nella pubblicistica contemporanea, si senta proclamare o vagheggiare il « tramonto » della politica ed il sorgere di una società tecnocratica, che vedrebbe affiancati, nell'esercizio del potere, agli specialisti di ogni specializzazione, gli specialisti dell'« interesse generale » (come se ciò non suonasse palesemente contraddizione in termini). La dimensione politica, come mediazione incessante e sintesi di interessi e forze sociali diverse, dev'essere, al contrario, gelosamente salvaguardata, ed anzi potenziata, con l'apporto, tuttavia, libero e disinteressato, delle « competenze »; e sembra, d'altronde, ineliminabile in realtà: potrà realizzarsi per altre vie, con metodi autoritari anziché liberali — qui sta, semmai, il pericolo, e qui si misura la responsabilità storica dei partiti, che devono trovare in sé stessi, prima che in interventi legislativi (forse auspicabili, ma pur sempre di dubbia efficacia) la volontà e la forza di rinnovarsi mettendosi al passo con i tempi.

VI.

GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E POTERE LEGISLATIVO

Relazione generale di sintesi alla III Conferenza delle Corti costituzionali europee (Roma, 20-22 ottobre 1976) pubblicata in *Studi in onore di Costantino Mortati*, Milano 1977, e *Dir. e Soc.*, 1978.

SOMMARIO: 1. Sindacato di costituzionalità delle leggi, potere legislativo e principio democratico. — 2. Il controllo sul procedimento legislativo. — 3. Giustizia costituzionale, discrezionalità legislativa, « merito » delle leggi. — 4. Giustizia costituzionale e inadempienze del legislatore. — 5. Le « risposte » del legislatore.

1. *Sindacato di costituzionalità delle leggi, potere legislativo e principio democratico.*

Si può convenire preliminarmente sul rilievo che già la sola esistenza di una costituzione formale di tipo « rigido », e quindi gerarchicamente sovraordinata alle leggi « ordinarie » e da queste non modificabile, rappresenta un limite — quanto meno di ordine negativo — al potere legislativo, nella duplice accezione, materiale e soggettiva, dell'espressione [1]. Con ciò stesso, la rigidità costituzionale può considerarsi anche, in certa misura, un correttivo al principio democratico maggioritario, che, modernamente, sta a base delle assemblee legislative, ossia del potere legislativo (soggettivamente inteso) per eccellenza.

Anche se la costituzione formale è, a sua volta, espressione del principio democratico, perché promanante dal popolo o direttamente o attraverso l'interposizione di una assemblea costituente, è certo comunque che nelle sue disposizioni si racchiude il prodotto di una volontà politica passata: quel che, ieri, il popolo, o chi per esso ebbe a deliberare, seguita, per un tempo indefinito, a vincolare, limitandolo nelle procedure e nei contenuti, il volere attuale delle generazioni presenti e future. In questo senso, una costituzione di tipo rigido ha sempre in sé qualcosa di conservatore; esplica, cioè, una funzione frenante: anche se deve subito aggiungersi che, quanto più una costi-

[1] Rimane perciò estranea alla trattazione la problematica relativa ai rapporti tra Corti costituzionali e organi del Potere esecutivo che esercitino, e quando esercitino, potestà legislativa, come pure quella relativa ai rapporti con gli organi legislativi decentrati (Repubbliche, *Länder*, Regioni), quest'ultima formando oggetto del secondo tema all'ordine del giorno (*Giustizia costituzionale e poteri legislativi decentrati*).

tuzione è informata a valori democratici ed aperta agli sviluppi richiesti dalle istanze di rinnovamento che si manifestano nella collettività, tanto più questa funzione frenante e conservatrice, logicamente insita nella sua rigidità, finisce per svolgere in concreto un ruolo anch'esso democratico, stabilizzando e ponendo al riparo da capricciosi mutamenti quei valori che ne stanno a fondamento.

Ma il limite derivante dalla rigidità costituzionale si affievolisce sino a vanificarsi, quando l'osservanza ne sia affidata — a guisa di *autocontrollo* — alle stesse assemblee legislative cui è rivolto (come accadeva in Francia sotto la III Repubblica), o ad un organismo formato nel loro seno (come nel caso della commissione costituzionale della Grande Assemblea nazionale della Repubblica socialista di Romania). Il limite, per contro, si afferma in tutta la sua consistenza, quando sia previsto un controllo *esterno* sulla conformità delle leggi alla costituzione, e specialmente se e quando (come negli ordinamenti della Repubblica austriaca, della Repubblica federale tedesca, della Repubblica italiana, e — con le riserve di cui appresso — della Repubblica socialista federativa jugoslava) detto controllo sia accentrato in un organo apposito, distinto e in qualche modo contrapposto agli organi del potere legislativo. Né tale distinzione e contrapposizione vengono meno anche ad accogliere la nota concezione kelseniana della giurisdizione costituzionale come « legislazione negativa », tanto è vero che la stessa relazione del prof. Melichar ([2]), che pure a questa configurazione espressamente si richiama, giustamente parla poi di un « dualismo » nell'interno della medesima funzione e di uno stato di « tensione » (*Spannung*) istituzionale tra la Corte e l'Assemblea.

Infine, il limite diventa ancora più intenso quando (come negli ordinamenti anzidetti, salvo anche qui alcune non trascurabili differenze di dettaglio per quanto riguarda la Jugoslavia) alle pronunce dell'organo di controllo, od almeno a quelle che dichiarino la illegittimità costituzionale di una legge, sia riconosciuta *efficacia generale* e cioè, in parole povere, l'effetto di eliminare dal sistema la legge o le norme di legge contrastanti con la costituzione.

Insomma, gli istituti della giustizia costituzionale infrangono il dogma ottocentesco della onnipotenza della legge e — con esso — della cosiddetta sovranità delle assemblee. Costituiscono al tempo stesso un elemento perturbatore dello schema di una « democrazia

([2]) *Relazione nazionale* del *Verfassungsgerichtshof* della Repubblica austriaca.

pura », specie se gli organi cui spetta il sindacato sulle leggi siano privi di *legittimazione democratica*, perché non promananti dal popolo e sforniti di carattere rappresentativo. Tale certamente è il caso della Corte italiana, solo un terzo della quale è formato mediante elezione da parte del Parlamento, ed anche il caso della Corte austriaca, per metà eletta dall'Assemblea nazionale e per l'altra metà di nomina presidenziale, sia pure su liste di nominativi designati da ciascuna delle due Camere. Ma non molto dissimile è la situazione che si riscontra in Germania, dove, accanto ai giudici eletti (con procedimento di secondo grado) dal *Bundestag*, vi sono (in pari numero) quelli eletti dal *Bundesrat*, che è composto però — com'è noto — da membri dei Governi dei *Länder* o loro delegati. Nella Repubblica jugoslasa, invece, le Corti delle Repubbliche e Regioni e la Corte federale sono interamente elettive (non però, a differenza dalle assemblee legislative, direttamente dal popolo) e si può forse ammettere che esse abbiano un qualche carattere rappresentativo.

Bisogna, peraltro, riconoscere che la rilevata mancanza di legittimazione democratica nella maggior parte degli organi di giustizia costituzionale è inevitabile, ed anzi in qualche misura necessaria, se si vuole assicurare l'effettiva estraneità del *controllore* rispetto agli orientamenti e indirizzi del *controllato* ed un massimo di neutralità politica del giudice della legittimità costituzionale. Come giustamente si osserva nella relazione della Corte tedesca ([3]), infatti, già la stessa elezione parlamentare dei giudici porta con sé il rischio di una eccessiva politicizzazione dell'organo di giustizia costituzionale; per parte mia, soggiungerei che una piena omogeneità politica tra assemblee e corti costituzionali, mentre può rappresentare un elemento positivo ai fini della pur necessaria collaborazione tra i due poteri, ha il suo lato negativo nel pericolo di un affievolimento del controllo o quanto meno di una minore *credibilità* (come si suol dire con brutta espressione) dell'organo chiamato ad esplicarlo. Sicché, tutto considerato, un sistema misto come quello adottato in Italia, anche se non soddisfa puntualmente i canoni dell'ortodossia democratica, è quella che presenta i minori inconvenienti (o, se si preferisce, quello i cui inconvenienti si neutralizzano reciprocamente).

Con queste ultime considerazioni si tocca un aspetto dei rapporti tra organi di giustizia costituzionale e Potere legislativo, sul quale

([3]) RUPP v. BRÜNNECK W., *Relazione nazionale* del *Bundesverfassungsgericht* della Repubblica federale tedesca.

troppo spesso si suole sorvolare e che torna a merito della relazione del Tribunale costituzionale di Karlsruhe aver posto in chiara evidenza: il rischio, cioè, di condizionamento dei primi da parte del secondo. Le assemblee legislative, infatti, non soltanto possono influire indirettamente, come si è poc'anzi accennato, sulla composizione di una corte attraverso la scelta dei giudici, che ad esse spetti eleggere, come pure — bisogna aggiungere — valendosi del loro potere di disporre degli stanziamenti di bilancio necessari al funzionamento dell'organo; ma anche, e con risultati ben più radicali, *semplicemente legiferando*, e così riducendone i poteri, restringendone le competenze, mutandone la struttura, incidendo sullo *status* dei singoli suoi componenti in modo da diminuirne le garanzie di indipendenza.

Naturalmente, essendo la legge, *fonte* della disciplina del sindacato di costituzionalità e dei suoi organi, ad un tempo *oggetto* di tale sindacato, resta sempre aperta la possibilità che innovazioni legislative del genere qui ipotizzato vengano poi dichiarate costituzionalmente illegittime; ma è una possibilità, il cui concreto verificarsi dipende dai sistemi positivamente adottati nei diversi ordinamenti per l'accesso alla Corte e soprattutto dal grado maggiore o minore di estensione e di determinatezza vincolante della normativa dettata in materia dai testi costituzionali. Giacché, ovviamente, quanto più questa è scarna e generica, tanto più vasta è l'area entro cui il legislatore può spaziare senza incorrere in censure di incostituzionalità.

Perciò, sotto un certo aspetto, dovrebbe dirsi che la maggior garanzia contro siffatti pericoli si ha negli ordinamenti in cui l'intera disciplina degli istituti di giustizia costituzionale (organi e funzioni) trova sede nella Costituzione od in altra legge formalmente costituzionale com'è il caso della Jugoslavia; mentre, ad esempio, in Germania ed in Italia solo pochi principî sono enunciati in Costituzione, per il rimanente rinviandosi alla legge ordinaria).

D'altro canto, però, guardando realisticamente alla sostanza delle cose, dove il potere di revisione costituzionale appartiene agli stessi organi della legislazione ordinaria, solo differenziandosi per varianti procedimentali o per le speciali maggioranze richieste, una tale maggior garanzia può vanificarsi, quando un solo partito od una coalizione di partiti detenga una così larga maggioranza da essere in grado di legiferare senza ostacoli anche nelle forme della legislazione costituzionale. In tal caso, anzi, verrebbe meno, o comunque diventerebbe di dubbia applicazione il contrappeso rappresentato dal controllo delle corti sulla costituzionalità delle modificazioni apportate alla

preesistente normativa che le concerne, non essendo affatto pacifico, com'è noto, che le leggi costituzionali incontrino limiti cogenti di contenuto e siano pertanto sindacabili, al pari di ogni altra legge, anche per vizi materiali.

La vera garanzia, in conclusione, sta nel *fair play* delle assemblee, così come la migliore garanzia contro il pericolo di sconfinamenti dei tribunali costituzionali sta, come vedremo più oltre, nel loro *self restraint*. La regola aurea sarebbe che il legislatore limitasse i suoi interventi in ordine alla disciplina degli organi di giustizia costituzionale allo stretto necessario, e senza omettere di consultarli, anche soltanto in via informale.

2 *Il controllo sul procedimento legislativo.*

Muovendo dalla tradizionale distinzione tra vizi « formali » e vizi « materiali » delle leggi, appare a prima vista evidente che il terreno sul quale più facilmente possono insorgere divergenze e contrasti tra corti costituzionali e assemblee legislative è quello del sindacato sui vizi materiali: sulla conformità, cioè, delle leggi, per *quel che dispongono*, alle norme costituzionali. Invece, nell'esercizio del sindacato sulla validità formale delle leggi, e quindi sul procedimento legislativo, può sembrare (ed in qualche misura, è vero) che i pericoli di interferenze nelle valutazioni riservate all'apprezzamento politico del legislatore siano di gran lunga minori, se non addirittura inesistenti. Non se ne parla, infatti, né nella relazione austriaca, né in quella tedesca, né in quella jugoslava (4), pur essendo un presupposto a tutte implicitamente comune, se non m'inganno, che il sindacato sulle leggi comprende necessariamente — e direi, anzitutto — il sindacato sulla loro costituzionalità formale. Ché anzi, la relazione della Corte costituzionale di Karlsruhe pone in rilievo come il controllo sul procedimento di formazione della volontà legislativa svolgentesi all'interno delle assemblee, che, secondo il modello prefigurato dal costituente avrebbe dovuto venire in considerazione prevalentemente in sede di giudizi su conflitti tra organi, in pratica sia soprattutto esercitato, invece, in sede di controllo sulle norme e di giudizi su ricorso privato.

(4) KANTARDZISKI D., *Relazione nazionale* della Corte costituzionale della R.S.F. di Jugoslavia.

E tuttavia, l'esperienza italiana, ampiamente illustrata nella relazione nazionale ([5]), sta a dimostrare che anche in questo ambito possono talora presentarsi delle difficoltà, che involgono delicate questioni di principio in ordine ai limiti dei poteri di indagine e di decisione delle corti nei confronti degli organi legislativi.

Fino a qual punto, infatti, può e deve spingersi il controllo del giudice della costituzionalità quanto al procedimento seguito nei singoli casi dalle assemblee legislative? Hanno le corti il potere di accertare — autonomamente — quel che *in fatto* è accaduto, od invece il loro controllo deve arrestarsi di fronte alle attestazioni degli organi parlamentari? Ed ancora: il controllo sulla validità formale va condotto esclusivamente alla stregua delle norme dei testi costituzionali, od invece può e deve estendersi anche a verificare che siano state rispettate le disposizioni dei regolamenti parlamentari disciplinanti la formazione delle leggi?

Sono interrogativi, questi, che tutti si riannodano ad un solo problema centrale, che è quello della persistenza o meno, nei confronfronti degli organi di giustizia costituzionale, del vecchio principio della insindacabilità ad opera di qualsiasi esterno potere dei cosiddetti *interna corporis* delle assemblee.

Per l'appunto, nell'episodio ricordato nella menzionata relazione italiana, essendo stata denunciata dinanzi alla Corte una legge per asseriti vizi *in procedendo*, la presidenza della Camera dei deputati ebbe a rifiutare il rilascio di copia conforme del processo verbale dei lavori della commissione legislativa deliberante, che quella legge aveva approvato ([6]), trattandosi — a parere di detta presidenza — di atto « interno », e sostenendosi altresì che il solo documento ufficiale relativo al procedimento di formazione delle leggi sarebbe il « messaggio », con cui il presidente della assemblea ne comunica l'avvenuta approvazione al Presidente della Repubblica od al presidente dell'altra assemblea. Successivamente, a richiesta della Corte, la stes-

([5]) A cura di A. De Stefano, giudice della Corte costituzionale italiana.

([6]) Nell'ordinamento italiano è prevista una procedura legislativa « decentrata » nel senso che una legge può essere deliberata, anziché dal *plenum* delle assemblee, da loro commissioni, competenti per materia. Sono sottratte a tale procedura e « riservate » alle assemblee alcune categorie di leggi, elencate nell'art. 72 della Costituzione. Nel caso cui si accenna, la legge, della quale era contestata la validità formale, era stata, appunto, presso la Camera dei deputati, deliberata in commissione.

sa presidenza della Camera consentiva, peraltro, a precisare che il resoconto stenografico dei lavori della commissione ne rispecchiava fedelmente l'effettivo svolgimento, permettendo così alla Corte di controllarne, attraverso lo stenogramma, la legittimità costituzionale.

A sua volta, la Corte nella sentenza n. 9 del 1959, con cui la vicenda ebbe termine, rivendicava il proprio potere di sindacare, valendosi di qualsiasi elemento di prova, il reale svolgimento dei lavori legislativi, al fine di accertare se le norme costituzionali fossero state osservate. Affermava, cioè, la sindacabilità degli *interna corporis*, ma limitatamente alla osservanza delle sole norme costituzionali, e non anche alla stregua delle norme dei regolamenti parlamentari, malgrado questi siano espressamente richiamati in Costituzione per la compiuta disciplina del procedimento legslativo. E tali principî furono ulteriormente ribaditi dieci anni dopo (sent. n. 119 del 1969), anche se — in questo caso — in sede di sindacato su una legge regionale, e perciò nei confronti di un'assemblea regionale, e non del Parlamento.

3. *Giustizia costituzionale, discrezionalità legislativa, « merito » delle leggi.*

Rimane fermo, comunque, in linea di massima, che la *zona critica*, per dir così, nei rapporti tra giudice della costituzionalità e Potere legislativo è quella del sindacato sulla costituzionalità materiale delle leggi: vale a dire, sulla normativa che esse pongono. Ed è, infatti, questo aspetto del problema, che assume rilievo prevalente od esclusivo nelle relazioni nazionali.

La premessa da cui tutte concordemente partono è la distinzione di ruoli tra potere legislativo e corti costituzionali: a queste ultime essendo inibita ogni valutazione politica attinente al « merito » (e cioè alla convenienza, opportunità, adeguatezza ai fini perseguiti ecc.) delle norme dettate dal legislatore. Il compito istituzionalmente alle corti attribuito è, in tutti gli ordinamenti, circoscritto al solo controllo della conformità o meno delle leggi alle disposizioni costituzionali che stabiliscono — positivamente o negativamente — quali contenuti queste possano o debbano validamente assumere. In breve: il sindacato di costituzionalità è un sindacato di *legittimità* costituzionale, quindi necessariamente ancorato al parametro rappresentato dalle norme giuridiche di rango costituzionale.

Ciò posto, in linea di principio, è tuttavia generalmente ammesso che, passando alla pratica, le cose non sono poi così semplici, a

causa di svariati fattori, quali soprattutto: la genericità di formulazione che si riscontra in molte disposizioni dei testi costituzionali; il frequente rinvio che questi fanno a concetti indeterminati ed a criteri di ordine metagiuridico, che, in quanto richiamati dalle norme costituzionali, entrano a far parte del parametro del giudizio di legittimità costituzionale; la presenza, infine, in alcune costituzioni, di casi di funzione legislativa « specializzata », ossia finalizzata a determinati scopi, costituzionalmente prescritti quali presupposti o condizioni per il suo valido esercizio in ordine a certi oggetti.

Conseguentemente, il sindacato di costituzionalità diventa allora più penetrante: implica argomentazioni e valutazioni anche di ordine metagiuridico. Il confine tra legittimità e merito si fa sottilissimo e rischia a volte di essere oltrepassato (od almeno, ma è indifferente ai fini dei rapporti di « buon vicinato » con le assemblee legislative, può dare a queste l'impressione di essere stato oltrepassato, provocandone la reazione).

Una situazione analoga si presenta, più in generale, quando le corti sono chiamate a controllare il rispetto del principio di eguaglianza, nel più lato significato che è venuto assumendo, specialmente in Germania ed in Italia, come divieto di discriminazioni arbitrarie od irragionevoli e, viceversa, di livellamenti del pari arbitrari od irragionevoli). Qui, il rischio è che il giudizio di legittimità si trasformi inavvertitamente in giudizio sulla « giustizia » delle leggi, alla stregua di canoni e criteri soggettivi, elaborati dalle stesse corti: e cioè, in buona sostanza, degli orientamenti ideologici e politici della maggioranza dei loro componenti.

È anzitutto in questi campi che si manifesta, in varia misura, il cosiddetto *judicial restraint*. Tutte le relazioni, e più esplicitamente ed analiticamente quella austriaca, tedesca ed italiana, concordano, con varietà di formulazioni che non incrinano la sostanza, sui criteri di massima da seguire per contemperare le due opposte esigenze, di evitare interferenze sulla discrezionalità del potere legislativo e di impedire al tempo stesso che questa superi i limiti imposti dalla costituzione, ed anche dai principî e canoni metagiuridici che eventualmente concorrano ad integrarne i precetti.

E così, che la semplice inopportunità o ingiustizia di una normativa non rappresenta, di per sé sola, violazione del principio di eguaglianza, censurabile in sede di controllo di legittimità costituzionale; che le corti non debbono sindacare i giudizi di valore del legislatore, né i fini di volta in volta da questo perseguiti, sempre che,

peraltro (cito dalla relazione del prof. Melichar, proprio perché mi sembra quella orientata in senso più restrittivo), si sia mantenuto nei limiti di « ammissibili motivi giuridico-legislativi » e non abbia dettato una regolamentazione « eccessiva »; e così via.

Ma quando i motivi saranno ragionevoli, conformi alla realtà delle cose, e quando, per contro, arbitrari, irrazionali, non rispondenti ai presupposti di fatto? Ed analogamente, con riferimento adesso alle *Generalklauseln* di alcuni testi costituzionali, cui si è più sopra accennato, quand'è — ad esempio — che un indennizzo, condizionante la legittimità di una legge di espropriazione, dovrà dirsi « giusto » (relazione jugoslava) o comunque, stando agli indirizzi prevalenti nella giurisprudenza della Corte italiana (la Costituzione limitandosi a prescrivere un « indennizzo », senza specificare « giusto »), quand'è che l'indennizzo può considerarsi veramente tale, e non meramente *simbolico* e cioè privo di qualsiasi attitudine compensatrice? Quando concretamente dovranno riconoscersi sussistenti i motivi di « utilità generale », suscettibili di giustificare, ad esempio, la imposizione di un monopolio legale, o i pericoli che possono parimenti giustificare determinati divieti legislativi (relazione tedesca)?...

Mi limito a questi pochi accenni, in verità molto sommari, perché i colleghi tutti ben conoscono, per diretta esperienza, i delicati problemi che la casistica giurisprudenziale pone, si può dire, quotidianamente alla saggezza e prudenza dei giudici della costituzionalità delle leggi.

Altre manifestazioni del *judicial restraint* possono aversi anche fuori delle ipotesi fin qui accennate, per la preoccupazione, alla quale le corti non possono essere insensibili, dei « vuoti » che le loro decisioni sono suscettibili di determinare nell'ordinamento giuridico, ogni qual volta dichiarino la illegittimità costituzionale di una legge o di singole sue disposizioni.

Naturalmente, una tale giusta preoccupazione ha minore ragion d'essere nel sistema austriaco ed in quello jugoslavo, che, sotto questo aspetto, presentano qualche punto di contatto. In Austria, infatti, l'annullamento della legge incostituzionale ha efficacia *ex nunc*, equivalendo in definitiva ad una abrogazione ([7]), e per di più alla Corte

([7]) Dopo la riforma del 1929, peraltro, il principio ha avuto una notevole attenuazione, ammettendosi che, nei giudizi instaurati « in via di eccezione », la legge incostituzionale non può essere applicata, nemmeno ai fatti anteriormente verificatisi.

è riconosciuto il potere di protrarne la decorrenza ad un momento successivo, come pure di stabilire quali tra le norme anteriori, che da quella legge erano state abrogate, non debbano tornare in vigore a seguito della pronuncia. In Jugoslavia, la Corte si limita in una prima fase (che può essere anche l'unica) ad un mero accertamento della illegittimità di una normativa, essendo rimesso al legislatore di provvedere, entro un termine di sei mesi (prorogabile dalla Corte) per adeguarla alla Costituzione; soltanto dopo trascorso infruttuosamente tale termine (o il termine prorogato), la Corte interviene una seconda volta eliminando essa stessa la norma già dichiarata incostituzionale. Innegabilmente, tali congegni permettono di raggiungere congiuntamente il duplice obiettivo, di non creare indesiderabili « vuoti » normativi e di rispettare al massimo la sfera di libera autodeterminazione del legislatore.

In Germania ed in Italia, invece, l'effetto caducatorio si produce immediatamente e con effetto retroattivo, salvi i rapporti ormai esauriti, di guisa che il pericolo di « vuoti » normativi è concretamente immanente.

Ad ovviarvi, soccorrono strumenti di formazione giurisprudenziale, che, peraltro, nella misura in cui conseguono il risultato voluto, presentano, talora, il rischio opposto di una più penetrante incidenza sulle attribuzioni proprie del Potere legislativo.

Sostanzialmente comuni ai due ordinamenti e generalmente noti sono, tra tali strumenti, quelli consistenti:

a) nell'adozione di sentenze « interpretative di rigetto », ossia di « non fondatezza » della questione di legittimità costituzionale, in Italia, e di « compatibilità » con la Costituzione delle disposizioni impugnate, in Germania: in entrambi i casi, *se ed in quanto* (o *perché*) queste possono e devono essere interpretate in un determinato senso, conforme ai precetti costituzionali (cosiddetta interpretazione « adeguatrice »);

b) nell'adozione, invece, di una sentenza « *interpretativa* di accoglimento », vale a dire dichiarante la « illegittimità costituzionale » (in Italia) o la « nullità » (in Germania) di una disposizione di legge *se ed in quanto* (o « nella parte in cui ») ha un certo significato, che forma quindi il vero oggetto della decisione, l'effetto della quale è di espungerlo dal sistema.

Sia che si adotti l'uno che l'altro strumento, non c'è lacuna, perché il testo legislativo rimane fermo: nel primo caso (sentenze interpretative di rigetto) potendosene trarre (e finché se ne tragga) una

« norma » conforme a costituzione; nel secondo, essendo ormai, dopo la decisione della Corte, vietato a tutti gli operatori giuridici di trarne la « norma » giudicata costituzionalmente illegittima (Italia) o nulla (Germania). Nella prima ipotesi, oltre ad evitarsi un « vuoto » normativo, viene altresì pienamente rispettata la divisione di compiti nei rapporti con il potere legislativo (*); nella seconda, può profilarsi il pericolo di una ingerenza troppo spinta nell'ambito a questo riservato.

Il rischio, naturalmente, si aggrava, man mano che si passa dalla mera dichiarazione di incostituzionalità e conseguente eliminazione di uno tra i possibili significati della disposizione (secondo uno schema perfettamente inverso a quello delle sentenze interpretative di rigetto), alle decisioni che, nel linguaggio ufficialmente adottato dalla Corte italiana, vengono denominate di accoglimento « parziale », e parziali sono realmente, ma non rispetto al testo scritto (come quando ne viene eliminata una parte od un frammento), bensì rispetto alla « norma », che esso (da solo od in connessione con altri: i cosiddetti « combinati disposti ») sta ad esprimere. Sono le decisioni più comunemente note, nella dottrina, come « manipolative », in ordine alle quali mi limito qui a ricordare che hanno per effetto di « far dire » alla disposizione cui si riferiscono *qualcosa di diverso*, e di solito *qualcosa di più*, rispetto a quello che ne era l'originario significato (sentenze « additive »).

Dal punto di vista che ora interessa, sentenze di questo tipo, mentre, da un lato, segnano il punto estremo di espansione dei poteri della Corte, d'altro lato, essendo « autoapplicative », tendono a sod-

(*) La cit. relazione RUPP v. BRÜNNECK, per la Corte costituzionale di Karlsruhe, mette però in evidenza come, anche in questa ipotesi, vi sia il pericolo che il giudice della costituzionalità dia alla legge una interpretazione in contrasto con la volontà del legislatore o comunque da questa lontana, interferendo perciò nell'ambito ad esso riservato persino più intensamente di quel che non avverrebbe con la eliminazione della legge medesima. Al riguardo, mi permetto di osservare che tale rilievo può avere qualche fondamento nel sistema accolto nella Repubblica federale tedesca, dove il sindacato di costituzionalità ha per oggetto — di regola — leggi successive al *Grundgesetz*, e quindi assomiglia di più ad un controllo *sul legislatore*; mentre, negli ordinamenti come quello italiano, in cui anche le leggi anteriori più remote nel tempo sono sindacabili dalla Corte, quel che conta è la volontà oggettiva e permanente espressa dalla legge, nel contesto dell'intero sistema giuridico vigente al momento del giudizio, prescindendo da quelli che possono essere i motivi e gli intenti del legislatore, storicamente considerato.

disfare per intero l'esigenza di non creare « vuoti » nel diritto oggettivo.

Sempre sotto il medesimo punto di vista, ad esse si contrappongono quelle, sviluppatesi dapprima in via di prassi nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale di Karlsruhe e poi riconosciute in sede legislativa (nell'art. 31 del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* nel testo attualmente in vigore), con cui viene dichiarata la incompatibilità (*Unvereinbarkeit*) di una disposizione con la Costituzione (o la sua *Verfassungswidrigkeit*), senza peraltro che la disposizione stessa sia dichiarata nulla e perciò eliminata dal sistema.

Nel che — sia detto tra parentesi — è lecito ravvisare qualche analogia con il sistema istituzionalmente accolto nella Costituzione jugoslava, del quale si è poc'anzi parlato: in entrambi i casi, infatti, la Corte si limita al mero accertamento della incostituzionalità, rimettendo al potere legislativo di trarne le conseguenze, abrogando o modificando le disposizioni incostituzionali. Con la differenza, però, che, in Jugoslavia, qualora il legislatore non vi abbia provveduto nel termine (eventualmente prorogato) costituzionalmente stabilito, sarà la stessa Corte a dichiarare con una successiva pronuncia, la cessazione di efficacia delle disposizioni colpite dalla sua precedente decisione.

Come ci chiarisce la relazione della Corte tedesca, questa « variante di decisione » affermatasi in Germania ha lo scopo di lasciare pienamente libero il Potere legislativo nella scelta dei modi con cui far cessare l'accertato contrasto con la Costituzione. Sentenze di questo tipo non evitano il determinarsi di una lacuna normativa, sia pure temporanea, poiché fino a quando il legislatore non sia intervenuto, le disposizioni dichiarate incompatibili con la Costituzione non possono ricevere applicazione; ma rispondono all'altra esigenza, della quale il *self restraint* del giudice della costituzionalità è anche espressione, di uno scrupoloso rispetto delle competenze esclusivamente proprie del legislatore. All'opposto, le decisioni « manipolative » della Corte italiana, o molte tra esse, hanno avuto origine proprio dalla prevalente preoccupazione dei « vuoti » legislativi, preoccupazione che ha indotto la Corte ad accrescere il proprio ruolo, anche a costo di esporsi alle critiche di coloro che l'accusano di assumere una funzione di « supplenza legislativa », che non le spetterebbe.

La diversità tra i due tipi di decisioni risulta evidente riflettendo sull'esempio riferito nella relazione della Corte tedesca: dichiarazione di « incompatibilità » con la Costituzione (ma non di « nullità »), per violazione del principio di eguaglianza, del trattamento di

favore dettato per una categoria di soggetti, ad esclusione di un'altra che dovrebbe parimenti goderne. Il Potere legislativo, infatti, potrebbe riparare al vizio in diversi modi, e così, tra l'altro, sia estendendo la normativa di favore alla categoria che ne era esclusa, sia abrogandola per tutti... In casi del genere, invece, la Corte italiana adotterebbe una sentenza « manipolativa », annullando la disposizione « *nella parte in cui* (implicitamente) *esclude* » dal beneficio la categoria pretermessa, con il risultato di estenderle il trattamento più favorevole.

Un altro strumento, di elaborazione giurisprudenziale, al quale si ricorre in Germania, nell'intento, anche qui, di non interferire nella sfera del Potere legislativo (ma che, per quel che mi sembra, dovrebbe altresì valere ad evitare lacune) è dato dalle « *decisioni di appello* » (dove, ovviamente, quest'ultima parola non è usata nel senso tecnico processuale): sentenze di rigetto, che fanno, peraltro, formale obbligo al legislatore (con o senza prefissione di un termine) di provvedere ad abrogare o modificare la legge che hanno ad oggetto, alle quali seguirà una pronuncia di nullità *ex tunc*, qualora il legislatore sia rimasto inerte. Aspetti parzialmente analoghi presentano, nella prassi italiana, le sentenze interpretative di rigetto contenenti un espresso invito al Parlamento affinché intervenga a emendare anche formalmente le disposizioni rimaste frattanto in vigore; e specialmente le sentenze, che hanno fatto la loro apparizione in epoca più recente, contenenti l'enunciazione di « direttive » cui il legislatore dovrà attenersi nel disciplinare la materia (con l'avvertenza, però, che queste ultime possono essere, nel dispositivo, tanto di rigetto quanto di accoglimento) (9).

4. *Giustizia costituzionale e inadempienze del legislatore.*

Una costituzione può prescrivere al Potere legislativo il raggiungimento di determinati fini, talora lasciandolo libero di sceglierne i tempi, oltre che i modi, talora invece assegnandogli un termine entro il quale provvedere. Può, anzi, fargli specifico obbligo di emanare certe norme, per disciplinare particolari oggetti o dar vita a nuove

(9) Per qualche maggiore sviluppo sul punto, sia consentito rinviare a CRISAFULLI V., *La Corte costituzionale ha vent'anni.* Relazione introduttiva al Convegno *Corte costituzionale - Venti anni di attività - Esperienze e prospettive* (Parma, 27-30 maggio 1976), in *Giur. cost.*, 1976, p. 1694 ss.

strutture organizzative, anche qui con o senza prefissione di un termine. Il problema che si pone in questi casi, se il legislatore non provvede o non provvede nel tempo stabilito, è di sapere se il sindacato di costituzionalità possa esercitarsi nei confronti della inerzia legislativa, e — nell'affermativa — con quali mezzi, entro quale ambito e con quali effetti. Qui, infatti, manca l'*atto*, che è il presupposto del sindacato di costituzionalità delle leggi (e delle loro norme), e il « non atto » non appare, a prima vista, suscettibile di essere annullato o rimosso; vero è tuttavia, d'altro canto, che anche la mera omissione può essere dichiarata costituzionalmente illegittima ed all'organo rimasto inattivo può essere imposto l'obbligo di compiere una determinata attività, come avviene nei giudizi, ad esempio, sui conflitti tra poteri o tra organi, la cui risoluzione spetti alle corti costituzionali.

Il problema presenta aspetti particolarmente delicati in due ipotesi: *a*) che nessun termine sia costituzionalmente stabilito, giacché la facoltà, che in tal caso deve ritenersi attribuita al legislatore, di graduare nel tempo secondo criteri di opportunità politica i propri interventi incontra pur sempre un limite, oltrepassato il quale la *non attuazione* diventa — almeno da un punto di vista strettamente legalistico e prescindendo da ogni questione circa l'ammissibilità di una perdita di efficacia di norme costituzionali per desuetudine, e via dicendo — *inadempienza* vera e propria; *b*) che un termine ci fosse, ma sia inutilmente trascorso, dovendo ritenersi, peraltro, che, fino a quel momento, la legislazione preesistente in materia sia stata provvisoriamente tenuta ferma e « convalidata » dalla stessa costituzione.

Le soluzioni variano col variare degli ordinamenti e delle prassi giurisprudenziali delle corti.

La Costituzione della Repubblica socialista federativa jugoslava contiene una espressa, se pur generica, previsione del mancato adempimento dell'obbligo di emanare una certa normativa imposto da fonte superiore, e perciò anche delle omissioni legislative contrastanti con obblighi costituzionali. A norma dell'art. 377, infatti, la Corte, qualora abbia a constatare la mancata emanazione di norme applicative di disposizioni della Costituzione medesima (o della legislazione federale, ecc.), da parte dell'organo che vi era tenuto, « ne informa l'Assemblea della R.S.F. ».

In Germania, nell'assenza di qualsiasi previsione nei testi costituzionali, la Corte si è valsa delle « decisioni di appello », poc'anzi ricordate, a volte dichiarando che il legislatore « deve » provvedere, a volte addirittura prefissandogli un termine a tal fine. La relazione na-

zionale tedesca sottolinea che, con una sola eccezione, il Potere legislativo ha sempre accolto questi « appelli » della Corte.

Credo che siamo tutti interessati ad approfondire, nel corso della discussione, l'esame di questo problema, con riferimento sia all'art. 377 della Costituzione jugoslava, sia alla prassi della Germania federale.

Per quanto riguarda l'Italia, dove pure nulla è previsto sul punto né in Costituzione né nelle altre leggi, costituzionali e ordinarie, che integrano la disciplina della giustizia costituzionale, la giurisprudenza della Corte è stata piuttosto elastica: più guardinga, in complesso, che in altri settori, per la dominante preoccupazione del « vuoto » legislativo.

Non che siano mancati, all'indirizzo del legislatore inadempiente, auspici, esortazioni, ed anche moniti e deplorazioni, espressi nella motivazione di non poche decisioni: senza però che se ne siano poi tratte conclusioni, per dir così, operative. Ciò, in conseguenza dell'orientamento generale della Corte sul problema, che può così riassumersi. I termini costituzionalmente stabiliti per l'emanazione di nuove normative sono stati considerati sempre « sollecitatori », e non obbligatori, e perciò nessuna differenza è stata ravvisata, in pratica, tra le due ipotesi *sub a*) e *sub b*), nel senso che l'inutile decorso del termine, se c'era, non rende *di per sé* incostituzionali le leggi preesistenti. Queste, tuttavia, sono sindacabili, sia nell'una come nell'altra ipotesi, quando contrastino *con altre* norme della Costituzione (e dunque, *non* per la sola circostanza di non avere formato oggetto di revisione da parte del Potere legislativo). Se, però, l'obbligo costituzionalmente imposto di adeguarle ai nuovi principî sia strettamente collegato con la creazione di nuove strutture organizzative (come la istituzione delle regioni, ad esempio), finché queste non siano state concretamente realizzate, la normativa anteriore si sottrae completamente al controllo di costituzionalità.

5. *Le « risposte » del legislatore.*

La varia articolazione degli strumenti decisori adottati dalle corti per assolvere il loro compito con il massimo di efficacia e di prudenza, ad un tempo, conferisce aspetti di particolare interesse al problema di quali debbano o possano essere le « risposte » del Potere legislativo alle pronunce delle corti: problema che, peraltro, si pone anche nei confronti delle pronunce strettamente conformi ai « tipi »

legali, gli effetti delle quali sono rigorosamente predeterminati dai rispettivi ordinamenti.

Così, sarebbe troppo semplice arrestarsi alla considerazione che le decisioni di nullità o di annullamento o di illegittimità costituzionale di una legge hanno efficacia *erga omnes*, potendo affacciarsi l'interrogativo se tra questi *omnes* sia incluso anche il legislatore (così come ha ritenuto la Corte italiana, nella sentenza n. 88 del 1966, con riguardo ad una ipotesi cui si accennerà tra un momento), e con quali pratiche conseguenze.

In Austria, ad esempio, il legislatore ha spesso l'*ultima parola*, ma nelle forme della revisione costituzionale; ed in molti casi ha, infatti, ripristinato, con legge costituzionale, una normativa annullata dalla Corte. Mi pare di scorgere in ciò una puntuale applicazione della concezione kelseniana, alla stregua della quale tutti i vizi di costituzionalità delle leggi si risolverebbero in vizi formali, per essersi fatto con semplice legge ordinaria quel che soltanto con legge costituzionale avrebbe potuto validamente esser fatto. Per chi non aderisce a quella concezione e preferisce tener ferma la distinzione tra vizi formali e vizi materiali, qualche dubbio sarebbe lecito, almeno con riferimento a ipotesi particolarmente gravi, sulla legittimità o, quanto meno, sulla correttezza di una simile risposta del Potere legislativo ([10]).

([10]) Com'è noto, secondo autorevoli orientamenti di dottrina, anche leggi formalmente costituzionali sarebbero sindacabili dalle Corti per contrasto con i principî fondamentali della Costituzione, e cioè per vizi materiali. La Corte italiana ha finora lasciato impregiudicato il problema, accennando peraltro, con riferimento alle leggi di esecuzione dei Patti lateranensi del 1929, a distinguere tra norme costituzionali derogabili in forza del principio di cui all'art. 7 Cost. ed i principî supremi dell'ordinamento costituzionale che dovrebbero restare sempre intangibili e fungere da parametro nei giudizi di legittimità costituzionale aventi ad oggetto taluna delle disposizioni delle leggi predette (C. cost., n. 30, 31 e 32 del 1971 e n. 12 del 1972).

Di una sorta di gerarchia tra norme della stessa Costituzione si rinviene traccia anche in una decisione del *Bundesverfassungsgerichtshof* della Repubblica austriaca (sentenza n. 2455 del 1952, in *Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes*, 1952, 573) ma unicamente agli effetti del sindacato di costituzionalità del procedimento di formazione di una legge (nella specie, costituzionale), per la quale sarebbe stato necessario il voto popolare se, toccando « i fondamentali principî direttivi della Costituzione federale », fosse da riguardare come rivolta ad un « mutamento complessivo » della Costituzione medesima. Ciò che sembra confermare, proprio in un caso limite, quanto accennato nel testo circa l'impostazione di tipo kelseniano generalmente accolta dal BVG.

A parte il ricorso a legge costituzionale, ci si può domandare se le decisioni di nullità o di annullamento, per vizi materiali, comportino divieto al legislatore di riprodurre con semplice legge ordinaria le norme che ne formavano l'oggetto. Probabilmente, qui si deve distinguere tra due diverse ipotesi: che la riproduzione, cioè, sia disposta *con effetto retroattivo*; ovvero, soltanto *per l'avvenire.*

Nella prima ipotesi, la Corte italiana, nella ricordata sentenza n. 88 del 1966, ha ravvisato la violazione del cosiddetto « giudicato costituzionale », da parte di una legge che ripristinava con disposizione transitoria il vigore delle norme colpite da precedente pronuncia della Corte sino al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina da essa dettata per il futuro: giacché in tal modo si veniva a frustrare la forza giuridica riconnessa alle declaratorie di illegittimità costituzionale, che, in Italia, consiste nella eliminazione delle norme dichiarate costituzionalmente illegittime e quindi nel precluderne l'applicazione anche a situazioni e rapporti anteriori purché tuttora pendenti.

Nella seconda ipotesi, invece, sembra possa affermarsi, in termini generali, che non sussiste un divieto giuridico di dar vita ad una disciplina analoga, e persino identica, a quella che aveva cessato di avere efficacia a seguito di una sentenza della corte. Sussiste, bensì, un dovere « di correttezza », traducentesi nella esigenza di un *self restraint* degli organi legislativi, simmetricamente corrispondente a taluni casi di *judicial restraint* sopra passati in rassegna.

Naturalmente, il legislatore, riproducendo la vecchia normativa, corre il rischio di vedersi colpita da una successiva decisione anche la nuova legge, per i medesimi motivi che erano a fondamento della precedente pronuncia; e il caso si è concretamente verificato in Italia. Ma è un rischio *eventuale*, il cui concreto realizzarsi è condizionato da una serie di variabili, quali anzitutto la maggiore o minore facilità, secondo i vari sistemi, dell'accesso alle corti, ed anche la possibilità di un diverso orientamento di queste, sia perché la loro composizione sia frattanto mutata, sia per un *ripensamento* dei giudici. Almeno in Italia, infatti, non sarebbe possibile ritenere che la Corte sia per sempre vincolata dalle sue precedenti decisioni, anche se di annullamento, perché queste si riferivano soltanto a quelle determinate norme, poste o comunque risultanti da quella legge storicamente individuata, di cui era sorta questione. Questo punto, tuttavia, merita di essere approfondito, con particolare riguardo, per la Germania, all'ipotesi di sentenze dichiarative di incompatibilità con la Costituzio-

ne, ma non anche di nullità, alle quali sembra si estenda il riconoscimento della « forza di legge » (*supra*, § 3).

A maggior ragione, deve escludersi che un vincolo giuridico per il legislatore derivi dalle sentenze di rigetto, anche se contenenti in motivazione inviti o suggerimenti o direttive per una nuova disciplina normativa della materia. Il che non toglie, anche qui, che — in linea di fatto — le sentenze interpretative di rigetto ed in genere i motivi e le direttive enunciate dalle corti esplichino una loro influenza sul potere legislativo, poiché una nuova legge che contrasti con l'interpretazione conforme a costituzione delineata in sentenza o contraddica ai criteri *de jure condendo* in questa specificati corre il rischio di essere in prosieguo di tempo denunciata alla corte ed a sua volta giudicata incostituzionale al pari della prima e per i medesimi vizi materiali.

Come si vede, anche dopo il giudizio costituzionale, il Potere legislativo conserva un ampio margine di manovra, entro limiti diversi in relazione ai casi possibili, ma in sostanza di poco maggiori di quelli che incontra normalmente per il solo fatto della rigidità costituzionale garantita da un controllo esterno. D'altro canto, anche il margine di manovra delle corti, sebbene sempre più circoscritto per la stessa natura della funzione ad esse attribuita, rimane considerevole e non perde d'incisività, quali che siano le reazioni del legislatore alle loro pronunce.

Confesso perciò, in conclusione, che alla domanda, spesso ripetuta, a chi spetti l'*ultima parola*, non saprei dare, nemmeno nel quadro di ciascun singolo ordinamento, una risposta precisa ed appagante. O meglio, alla domanda si può dare, a mio avviso, soltanto una risposta *politica*, sulla base dell'esperienza fattuale, e perciò variabile con il mutare delle circostanze: non ultima delle quali è l'immagine che ciascuna corte ha di sé stessa.

VII.

VICENDE DELLA «QUESTIONE REGIONALE»

Pubblicato in *Le Regioni* 1982 e in *Studi in memoria di Egidio Tosato*, Milano, 1984.

SOMMARIO: 1. Antiche e nuove incertezze sul ruolo politico delle autonomie regionali. — 2. *Segue*: ruolo liberal-garantista e ruolo democratico. — 3. Il « fronte delle Regioni » e la « Conferenza permanente » dei loro presidenti. — 4. Sviluppi della « questione regionale » dal 1948 al decreto presidenziale n. 616 del 1977. — 5. Il problema dei rapporti tra legislazione regionale e legislazione statale di principio: « riserva » o « preferenza » di legge regionale? — 6. Il problema della « cooperazione » tra Stato e Regioni. — 7. Principio unitario e supremazia statale.

1. La c.d. « questione regionale » si trascina in Italia da oltre un secolo (risalgono rispettivamente al 1861 e al 1862 le proposte legislative del Farini e del Minghetti) e — per strano che possa sembrare — non può considerarsi chiusa neppure adesso, dopo e nonostante l'inserimento dell'ordinamento regionale nella Costituzione della Repubblica e l'avvenuta attuazione di questo nella realtà effettuale. E sarebbe forse meglio, volendo sottilizzare, parlare di « *una* » questione regionale, anziché « *della* » questione regionale, per sottolinearne, appunto, l'indeterminatezza, che si estende addirittura al suo stesso termine di riferimento.

È risaputo, infatti, che, ancora nel corso dei lavori della Costituente, non fu data risposta precisa alla domanda, che avrebbe dovuto affacciarsi come pregiudiziale (ed è stata invece il più spesso sottaciuta od elusa) di che cosa fossero, *in sé*, queste entità che oggi l'art. 115 della Costituzione riconosce solennemente come « enti autonomi con proprî poteri e funzioni secondo i principî fissati nella Costituzione », e se l'elencazione fattane nell'attuale art. 131 rispondesse (e risponda) a criterî oggettivi, e di qual natura (storico-politici o geografici o economico-culturali) od invece a criterî meramente convenzionali e nominalistici. Può non essere privo di interesse rammentare al proposito, solo per accenno, che, stando ad un'opinione allora molto autorevolmente seguita (e rispecchiata nell'ordine del giorno Targetti, approvato dall'Assemblea il 29 ottobre 1947) le Regioni di cui al detto elenco (art. 123 del progetto, diventato poi l'art. 131 della Costituzione) sarebbero state in buona sostanza nulla più che i « compartimenti statistici », disegnati sulla carta nel 1864 allo scopo pratico di agevolare la raccolta dei dati demografici ed econo-

mici del Regno e solo approssimativamente corrispondenti ad altrettante realtà oggettivamente individuabili e differenziate (nell'ordine del giorno Targetti l'elenco era seguito da queste parole: « in conformità delle pubblicazioni statistiche », di cui l'on. Corbino ebbe a rivendicare — è da ritenere, polemicamente — la paternità) (1).

Ma, quel che più conta e fa sì — a mio parere — che « *una* questione regionale » persista ancor oggi (beninteso in termini e con profili diversi da quelli che la caratterizzavano ai tempi di un Minghetti, non meno che da quelli, tutt'altro che identici, con cui ebbe a riproporsi dopo la caduta del fascismo, dapprima, in seno ai Comitati di liberazione nazionale dell'Italia settentrionale, e più tardi, in seno alla Costituente) è l'incertezza *sul ruolo* delle autonomie regionali nella dinamica della forma di governo: ciò che implica, per logica conseguenza, incertezza sulla natura ed estensione di tale autonomia e sulla relazione fondamentale intercorrente tra lo Stato e le Regioni (più specificamente e per attenerci al concreto, tra Governo centrale e governi regionali, tra Parlamento nazionale e assemblee locali...).

Se, nei primi anni di vita del Regno, prevalente era l'idea di facilitarne il processo di unificazione legislativa ed amministrativa, contemperando uniformità e diversità (al che si opponeva, peraltro, dai più cauti, il rischio che il porre l'accento sui particolarismi locali avrebbe potuto comportare per la recente ed ancor fragile unità dello Stato), non mancavano tuttavia (ed acquistarono rinnovato vigore in talune correnti di opinione, nel primo dopoguerra) le tendenze a considerare le autonomie regionali (ma più largamente, in verità, le autonomie *locali* in genere) come un argine a difesa delle libertà individuali nei confronti del potere politico centrale; mentre, nel secondo dopoguerra, si andava delineando in un primo momento tra i partiti costituenti i Comitati di liberazione nazionale nell'Alta Italia (dove i CLN regionali ebbero in pratica, già perdurando l'occupazione e poi all'indomani della Liberazione, nei limiti di volta in volta consentiti dalle circostanze, poteri di governo effettivi sui rispettivi territori) la tendenza a vedere nelle autonomie regionali i fattori di base per una totale ristrutturazione dello Stato italiano.

(1) Nell'ordine del giorno Targetti, però, il riferimento alle « pubblicazioni ufficiali statistiche » seguiva quello, immediatamente precedente, alle « Regioni storico-tradizionali ». Per l'intera vicenda e per la dichiarazione dell'on. Corbino, v. ROTELLI, *L'avvento della Regione in Italia*, Milano 1967, p. 361 ss. (spec. nt. 95 a p. 361 e nt. 105 a p. 363).

2. Certo è, comunque, che alla Costituente, dominante e determinante risultò la concezione liberal-garantista delle autonomie regionali: *le Regioni come limite al potere (dello Stato)*, e pertanto garanzia di libertà contro ogni avventura autoritaria. In altri termini, l'ordinamento regionale finì per essere accettato, di buona o di mala voglia, dalla maggioranza dell'Assemblea, per motivi nel complesso analoghi a quelli che ritroviamo alla base di altri istituti costituzionali (specie nella normativa concernente i rapporti tra Parlamento e Governo): contrapposizione polemica agli orientamenti del ventennio fascista (che erano, per quanto qui interessa, nel senso di un rigoroso accentramento statalistico); preoccupazione delle forze politiche di garantirsi l'una nei confronti dell'altra a breve e a lungo termine (« non si sa mai »...). Il ruolo primario assegnato alle Regioni fu, dunque, di massima, un ruolo *frenante*.

Di solito, se non vado errato, la dottrina si è appagata di siffatte generiche impostazioni senza prendersi la briga di analizzarne criticamente il reale fondamento (storico e razionale). Quando Hitler ebbe ad impadronirsi del potere, ad es., la Germania weimariana era uno Stato federale, senza che tale articolazione politicamente decentrata dello Stato avesse costituito un serio ostacolo per l'avvento della dittatura... Certo, trasferire la competenza a legiferare su determinate materie dal Parlamento nazionale ad assemblee locali, si traduce in una diminuzione dei poteri dello Stato, ma non per questo anche in un argine o diga a tutela delle libertà da ipotetiche tendenze o velleità autoritarie.

Semmai, il ruolo garantista delle autonomie regionali, e locali in genere, piuttosto che nella potestà normativa più o meno ampia ad esse riconnessa, sta nella circostanza che le rispettive organizzazioni si fondano — al pari di quella centrale dello Stato-persona — sul suffragio dei cittadini, chiamati ad eleggerne le assemblee di base. Sta, in altre parole, nella funzione cui adempiono (o possono adempiere) di *strumenti di partecipazione popolare all'esercizio del potere politico* ([2]).

([2]) È strano che, nella Costituente, nemmeno i gruppi di sinistra, pur dopo il loro allineamento alle tesi favorevoli alla istituzione dei nuovi enti regionali, mostrarono di intuire la carica fortemente innovativa e — al limite — potenzialmente rivoluzionaria del decentramento regionale, che aveva invece costituito, nel periodo della lotta partigiana e sino al 1944-1945 circa, uno dei temi più vivacemente propugnati dai Comitati di liberazione dell'Alta Italia,

3. Ma quest'ultimo ruolo, che chiamerei più specificamente e in senso stretto « democratico », delle autonomie regionali (e garantista, proprio perché democratico nel senso ora detto) non fu praticamente avvertito nel corso dei lavori della Costituente, come non fu avvertito o quasi (salvo un accenno del Mortati) il connesso problema dei rapporti tra Regioni e programmazione economica ([3]). Non a caso, perciò, siffatto ruolo emerge molto più tardi, intorno agli anni '70, quando ormai gli interventi programmatorî (territoriali e settoriali) in economia hanno assunto una frequenza e una importanza sempre crescenti, e dopo l'entrata sulla scena — accanto a quelle a statuto speciale — delle Regioni ad autonomia ordinaria, ben presto costituitesi, tutte insieme e congiuntamente alle prime, in una specie di « fronte delle Regioni », come da taluno si è detto ([4]), atteggiantesi come interlocutore diretto ed unitario dello Stato-persona.

Un vero e poderoso « gruppo di pressione », diciamolo francamente, alla cui consistenza effettiva poco aggiunge il riconoscimento formale (quale « Commissione interregionale ») da parte del D.M. 6

specialmente (ma non soltanto) ad opera del Partito d'azione, e che riaffiora molto più tardi, intorno agli anni '60, in certe prese di posizione del P.C.I.

Quanto accennato nel testo non significa comunque adesione a tesi estremistiche, come quella baldanzosamente sostenuta dal BENVENUTI (*Problemi connessi al passaggio organico delle funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni*, in *Foro amm.*, 1971, III, p. 191 ss.), per cui la sovranità sarebbe oggi ripartita tra lo Stato e le Regioni, ma semplicemente e più correttamente riconoscere che le Regioni, in quanto costituite da comunità territoriali e dotate di propri organi elettivi, godono di una autonomia che può dirsi « politica »: ma nel senso specifico di autonomia *politico-amministrativa* [così SPAGNA MUSSO, *L'autonomia regionale come problema di diritto costituzionale* (1964), ora in *Studi di diritto costituzionale*, Napoli 1966, spec. 58]. Nel senso, più precisamente, che « sono in grado di operare certe scelte (di *mezzi* e talora anche di *fini* — purché rientranti, questi ultimi, tra i fini ad esse assegnati o quanto meno ad esse non sottratti o preclusi dall'ordinamento statale »): scelte che possono chiamarsi *politiche*, perché frutto di libero apprezzamento da parte dei loro organi di governo, i quali hanno altresì carattere rappresentativo della collettività interessata » (CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I. *Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Padova 1970², p. 58 ss.).

([3]) L'intervento del Mortati, sottolineato dal ROTELLI (*op. cit.*, p. 297) è negli *Atti A.C., Commissione per la Costituzione - Seconda sottocommissione*, pp. 30-31.

([4]) CAPOTOSTI, *La conferenza permanente per i rapporti fra Stato e Regioni: verso il regionalismo cooperativo?*, in *Le Regioni*, 1981, p. 897 ss., spec. p. 899.

luglio 1972, in attuazione dell'art. 13 della legge n. 281 del 1970 (che ne richiede il parere in ordine alla ripartizione dei fondi di cui ai precedenti artt. 9 e 12 per il finanziamento dei programmi regionali di sviluppo e dei contributi speciali previsti dall'art. 119, terzo comma, Cost.); ma molto aggiungono, se complessivamente riguardati, i numerosi compiti ulteriori attribuitile nelle più svariate materie, specialmente quando comportino un potere di « codeterminazione » di decisioni governative (per esempio, l'« intesa » per i programmi pluriennali di costruzione di centrali elettronucleari, di cui all'art. 2 della legge n. 393 del 1975).

Ed a cui *troppo* aggiungerebbe, con gravi riflessi di ordine costituzionale, la progettata trasformazione in « Conferenza permanente dei Presidenti delle Giunte regionali » (*in fatto*, già esistente ed operante fin dagli inizi del 1981), che dovrebbe essere istituzionalmente inserita, quale organo misto Stato-Regioni, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, in aggiunta alla (o in sostituzione della) precedente Commissione interregionale della quale ho poc'anzi fatto cenno: « sede per un rapporto permanente con gli organi centrali dello Stato e per una partecipazione delle Regioni all'elaborazione delle grandi linee di politica generale di tutto lo Stato-ordinamento, alla grande distribuzione delle risorse e alla determinazione degli obiettivi generali della programmazione, nonché alle decisioni riguardanti la Comunità europea, cui le Regioni debbono poter partecipare in forma coordinata col Governo » [cito dal Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sui rapporti tra gli organi centrali dello Stato, le Regioni e gli enti locali ai fini della programmazione, condotta dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali, approvato nella seduta del 12 febbraio 1980 (5)].

Bisogna riconoscere però che, successivamente, la stessa Commissione, in una bozza di documento del 27 gennaio 1982 (6), sembra aver gettato molta acqua sul fuoco, quanto alla configurazione della Conferenza come organo misto Stato-Regioni, rilevando il rischio (e cito anche qui testualmente) « di pregiudicare il principio costituzionale dell'autonomia reciproca tra Stato e Regioni, che, se non sal-

(5) In *Le Regioni*, 1980, spec. p. 424. Per i precedenti, un ottimo e informato giro d'orizzonte è offerto da CASSESE S. e SERRANI, *Regionalismo moderno: cooperazione tra Stato e Regioni e tra Regioni in Italia*, ivi, p. 398 ss.

(6) *Boll. delle Giunte e delle comm. permanenti*, a cura della Cam. dep., 1-4 (27 gennaio 1982), p. 107 ss.

vaguardato adeguatamente, potrebbe condurre ad un regime di 'co-decisione' altrettanto nocivo quanto sarebbe un regime di 'incomunicabilità' tra i due livelli di potere pubblico » (tra Scilla e Cariddi, dunque?...) nonché l'ulteriore rischio che « la partecipazione del Presidente del consiglio e di alcuni ministri alla Conferenza... si risolva di fatto in una spoliazione di competenze e di responsabilità proprie del Consiglio dei ministri ».

Il linguaggio è cautelosamente diplomatico, ma la sostanza delle riserve è seria e giusta: una riforma come quella progettata rischierebbe di violare, a mio avviso, l'art. 95 Cost., che riserva l'indirizzo politico al Governo (al Governo, così come definito nel precedente art. 92) e vuole che il Presidente del consiglio sia responsabile della direzione politica del Governo. D'altro canto, il nuovo « organo misto », con tanto di segreteria o ufficio permanente e burocratico alle sue dipendenze, finirebbe per prendere in qualche modo il posto di quella Camera delle regioni (qual'è il *Bundesrat* della Repubblica federale tedesca), la cui assenza dal nostro ordinamento non è affatto casuale, se si pensa che la massima concessione che la Costituzione abbia fatto al cosiddetto « Stato delle autonomie », come lo vedevano alcuni tra i costituenti, si riduce alla generica affermazione del primo alinea dell'art. 57: « Il Senato è eletto a base regionale ».

Beninteso, l'accostamento al *Bundesrat* è approssimativo ed anche un po' azzardato, perché mentre quest'ultimo è organo del *Bund*, ossia dello Stato centrale, anche se rappresentativo dei *Länder* (o dei loro governi), nel progetto che si va disegnando in Italia la struttura della istituzionalizzata « Conferenza permanente » comprenderebbe, accanto ed oltre ai rappresentanti delle Regioni e delle Provincie autonome, anche titolari di organi statali (il Presidente del consiglio e uno o più ministri).

4. In rapidissima sintesi: la questione regionale è veramente inesauribile e proteiforme.

Ieri, il problema *era* se introdurre o no l'ente Regione, e — nell'affermativa — di *come* organizzarne le funzioni per contemperare l'esigenza di lasciargli almeno un margine di respiro autonomo, sufficiente a giustificarne l'esistenza, con il principio indefettibile dell'unità dello Stato italiano. Poi, superata positivamente la pregiudiziale, ma concretamente istituite nel 1948 le sole quattro Regioni a statuto speciale (cui si aggiungerà più tardi, nel 1963, per le note vicende internazionali, il Friuli-Venezia Giulia), il problema che si

agita concerne soprattutto le « norme di attuazione » degli statuti, contestandosi da parte delle Regioni il « ritaglio » delle materie di loro competenza per riservarne delle parti allo Stato, di solito in nome dell'esigenza unitaria (l'« interesse nazionale », assunto, come è noto, a presupposto positivo della competenza dello Stato, anziché — secondo le previsioni astratte della Costituzione — come limite negativo delle competenze regionali, che avrebbe dovuto trovare il suo giudice nel Parlamento).

Con lo spostamento degli equilibri politici del Paese verso sinistra, ed in parte anche (paradossalmente) proprio in connessione con i primi e più ambiziosi disegni di programmazione economica nazionale, si assiste ad una ripresa del problema regionale, che si presenta ora con riferimento alla istituzione delle *altre* Regioni, le Regioni a statuto ordinario, che erano rimaste nel limbo (ed ecco allora, più specificamente, i problemi della legge elettorale per la formazione dei rispettivi consigli, delle leggi-cornice, delle disposizioni finanziarie e dell'ordine di priorità tra queste varie leggi, convergenti tutte verso quell'intento). Dopo effettuate le elezioni dei consigli regionali, si apre quella che — pomposamente, mi scusino i regionalisti ad oltranza — è stata denominata la « fase costituente » delle Regioni: molto più dimessamente, malgrado il fiume delle parole e le abbondanti concessioni alla retorica, la fase della formazione degli statuti delle singole Regioni e della loro approvazione parlamentare.

A questo punto, l'ordinamento regionale è, dunque, ormai integralmente attuato? La questione regionale è stata finalmente risolta?... No, perché la questione si sposta adesso sui trasferimenti delle materie, con particolare riguardo alla loro definizione, vale a dire sull'interpretazione dell'elencazione fattane dall'art. 117 Cost.: da parte regionale, lamentandosi la ristrettezza di tale interpretazione ed in conseguenza la inadeguatezza delle attribuzioni effettivamente trasferite alle Regioni. Ma, nel clima politico degli ultimi anni, la legge di delega del 1975, prima, e poi specialmente (talora, addirittura, secondo certe opinioni, andando oltre i limiti della delega) il notissimo decreto n. 616 del 1977 sembrerebbero avere veramente concluso la lunga e tormentata vicenda.

Ciò che, in parte, è anche vero, *ma solo in parte*. Perché nuovi interrogativi si affacciano, nuovi problemi sorgono, che non sono affatto artificiosi, si badi, ma interrogativi e problemi reali, ai quali non sarebbe possibile sottrarsi.

5. Un primo problema si pone quando, da parte regionale, si lamenta il mancato adeguamento della legislazione statale alle esigenze « ... delle autonomie *e delle competenze legislative attribuite alle Regioni* », secondo la formula della IX disp. trans. della Costituzione, sistematicamente riconducibile agli artt. 5 e 115. Troppo poche — si afferma — sono le leggi-cornice fin qui adottate dal Parlamento, ed anche quelle poche spesso contengono disposizioni che non pongono principî, ma norme di dettaglio, così invadendo la sfera di competenza regionale: la « cornice » si espanderebbe e coprirebbe in parte il « quadro ».

E, in realtà, è vero che il Parlamento continua a legiferare anche su materie che sarebbero di spettanza delle Regioni, frustrando uno degli scopi, pur se secondario, della riforma regionale, che avrebbe dovuto consistere (e consisteva, come era generalmente previsto dai costituenti) nello sfoltire i lavori del Parlamento, riservandogli — in certe materie — di porre la disciplina di principio e rimettendosi per il rimanente (ossia, per il dettaglio) alla legislazione regionale.

In pratica, però, le cose non sono poi così semplici, perché bisogna darsi carico del rischio che alla emanazione delle leggi-cornice non segua subito e per tutte le Regioni (o in qualche Regione non segua affatto) l'emanazione delle leggi di attuazione e sviluppo dei principî: ne deriverebbero dei « vuoti » normativi, certo indesiderabili, a meno di ritenere, aderendo a un'opinione largamente accolta, anche se non pacifica, che l'abrogazione delle preesistenti leggi statali disciplinanti le relative materie (posto che di abrogazione veramente si tratti) sia differita e graduata nel tempo, verificandosi, cioè, soltanto *se e man mano* che le singole Regioni abbiano a loro volta legiferato ([7]).

Del problema ha avvertito la gravità la Commissione parlamentare per le questioni regionali, nella seduta del 27 gennaio 1982. Nella già ricordata bozza di documento approvata in quella occasione, dopo aver rilevato che la sanzione astrattamente applicabile nei confronti delle Regioni inadempienti all'obbligo di legiferare (a ritenere, natu-

([7]) Così che dovrebbe dirsi con il PALADIN (*La potestà legislativa regionale*, Padova 1958, p. 252) che « la caduta delle leggi dello Stato si verifica sempre al momento, mai ad opera delle manifestazioni di volontà legislativa regionali ». Ma anche così argomentando non si riuscirebbe ad evitare vuoti normativi che abbiano a verificarsi in un momento successivo: del che si dirà subito appresso.

ralmente, che un tale obbligo sussista) sarebbe lo scioglimento dei rispettivi Consigli regionali, ma sarebbe controproducente perché non farebbe che prolungare il vuoto normativo, ha espresso i due seguenti suggerimenti:

« *a*) la contestuale approvazione in Parlamento di due normative distinte (anche se contenute in un unico testo), recanti sia i principî generali (*rectius, fondamentali* — n.d.a.) con cui va disciplinata una certa materia su tutto il territorio nazionale, sia le disposizioni di dettaglio suscettibili di dare attuazione a tali principî, qualora, entro un congruo termine prestabilito, singole Regioni non abbiano emanato le norme di loro competenza » (che è poi, a parte la prefissione del termine, la prassi il più spesso seguita dal legislatore e — come accennato — di solito contestata da parte regionale);

« *b*) l'automatica caducazione delle disposizioni statali di dettaglio non appena le singole Regioni ritardatarie abbiano provveduto all'emanazione delle norme di loro competenza » (che corrisponde, in sostanza, all'impostazione generale del rapporto tra fonti statali e fonti regionali concorrenti, fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale, almeno per la fase di prima attuazione) ([8]).

Più particolarmente, la proposta delineata al punto *a*), che il Parlamento legiferi ugualmente e non si limiti a porre i principî, non fa che generalizzare una regola ora dettata con specifico riguardo alla attuazione dei regolamenti e delle direttive della CEE, dagli artt. 1, n. 5, della legge n. 383 del 1975, e 6 del D.P.R. n. 616 del 1977: secondo cui quelle direttive e quei regolamenti saranno recepiti da leggi statali, che indicheranno le norme di principio, demandando alle Regioni (nelle materie di loro competenza, naturalmente) di adottare la disciplina di dettaglio, in assenza della quale, « sarà osservata quella dello Stato in tutte le sue disposizioni » ([9]). Non sembra che tale soluzione trovi ostacoli insormontabili nella normativa costituzionale, anche se, probabilmente, non è proprio conforme allo spirito che la informa, potendo perciò suscitare qualche perplessità.

([8]) Sent. n. 13 e ord. n. 269 del 1974, in *Giur. cost.*, 1974, risp. 47 e 2015 (ritenendo inammissibili ricorsi regionali contro preesistenti leggi statali, per difetto di interesse, poiché, per rimuoverle dalle materie di loro competenza, le Regioni non hanno che da « legiferare esse stesse, purché nei limiti delle proprie competenze ». Adesivamente, in dottrina, v. per tutti PALADIN, *Diritto regionale*, Padova 1979[3], p. 91 ss.

([9]) Nel senso del testo, PALADIN, *op. ult. cit.*, p. 96.

Assai più dubbia, invece, è la proposta *sub b*), non perché sia illogica o contrasti con il sistema (ché anzi, conferendo efficacia strettamente transitoria alla legislazione statale di dettaglio, in qualche misura rappresenta un correttivo della prima, concorrendo a facilitarne l'accoglimento), ma perché trascura l'eventualità che il « vuoto » normativo abbia a prodursi successivamente: nell'ipotesi, ad es., che la legge regionale di dettaglio sia stata bensì adottata, ma venga poi abrogata da un referendum o comunque puramente e semplicemente, senza che nessun'altra la sostituisca.

Ed ecco che il vuoto sarebbe, allora, successivo all'entrata in vigore e della legge-cornice e della legge regionale di dettaglio. Sarebbe possibile colmarlo facendo diretta applicazione dei soli principî di fonte statale? In teoria, potrebbe rispondersi affermativamente, sempre che i principî siano strutturalmente idonei a regolare direttamente situazioni e rapporti puntuali e concreti nell'ambito delle Regioni ([10]), pur incorrendo nell'obiezione, peraltro non insuperabile, come vedremo tra un momento, che risulterebbe incrinata la regola della separazione verticale e orizzontale di competenza tra fonti statali e fonti regionali. O bisognerebbe (ma sarebbe lecito?) ricorrere per analogia a leggi di dettaglio di altre Regioni? La risposta dovrebbe qui essere recisamente negativa, se non altro, praticamente, perché non si saprebbe alle leggi di quale o quali altre Regioni riferirsi; a prescindere poi dal rilievo assorbente che un espediente del genere sarebbe in netto contrasto con il limite territoriale di validità delle norme regionali.

Mi guardo bene comunque dal riprendere qui in esame *funditus* l'argomento, in ordine al quale esiste una vasta ed elaborata letteratura. Ma l'attenzione che qualche valoroso scrittore delle generazioni più giovani ([11]) ancora (o nuovamente) dedica ad una concezione sostenuta, più di trent'anni fa, da un autorevole studioso ([12]), le cui

([10]) E purché la loro effettiva operatività non sia praticamente subordinata alla emanazione di una disciplina organizzativa, rimessa al legislatore locale, come giustamente osserva il D'ATENA, *L'autonomia delle Regioni*, Roma, s.d., ma 1974, p. 169 (il quale non manca di rilevare altresì le « incertezze applicative » che deriverebbero da una siffatta integrazione dei vuoti normativi).

([11]) BARTOLE, *L'atuonomia regionale come problema di diritto costituzionale*, in *Dir. e Soc.*, 1973, in nt. 16 a p. 575; RUGGERI, *Ancora in tema di leggi statali e leggi regionali in materia di competenza ripartita*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, spec. p. 274 ss. (con qualche incertezza).

([12]) ZANOBINI, *La gerarchia delle fonti nel nuovo ordinamento*, in *Comm.*

opinioni in materia regionale credo siano oggi di solito considerate « sorpassate », incoraggia un « anziano » come chi scrive queste pagine a richiamarla a sua volta, come degna di particolare attenzione, magari riformulandola con qualche aggiornamento, perché, malgrado incontri anch'essa, sotto altri profili, non poche e non lievi obiezioni ([13]), sembra tuttavia quella che meglio potrebbe prevenire — concretamente — il rischio dei « vuoti » normativi.

L'argomentazione dovrebbe muovere, in primo luogo, dall'assunto centrale della testé richiamata concezione, secondo cui, in forza delle norme costituzionali di competenza, le disposizioni delle leggi statali, diverse da quelle di principio, non tanto sarebbero abrogate dalle leggi regionali da esse difformi, quanto piuttosto rispetto a queste « cedevoli » e quindi dalle stesse derogabili: e ciò — è da soggiungere — tanto nell'ipotesi che la normativa statale di dettaglio sia quella preesistente, quanto nell'ipotesi (di cui *supra*, alla lett. *a*) che sia stata posta contestualmente ai principî della materia. E quell'assunto sarebbe a sua volta da integrare con il c.d. « principio di continuità », che la Corte costituzionale ha tratto da disposizioni contenute negli statuti regionali speciali (per le quali, com'è noto, non l'astratta competenza, ma il suo concreto esercizio da parte delle Regioni limita la competenza legislativa statale: artt. 57 St. Sa., 51 St. V.A., 92 St. T. AA. nel testo originario e 105 nel testo unificato del 1972, 64 St. Fr. VG.). Combinando tra loro queste due premesse (di cui la più opinabile è certamente la prima), sarebbe possibile concludere nel senso che, pur dopo emanate le leggi-cornice o comunque dopo enunciati dalle leggi statali i principî delle materie, la restante normativa della legislazione dello Stato sulle materie stesse rimarrebbe tuttavia in vigore: quasi, direi, allo stato di quiescenza, per riespandersi provvisoriamente (ma automaticamente) ogni qual volta le norme regionali vengano a mancare senza essere sostituite ([14]).

sistematico alla Cost. it. diretto da Calamandrei e Levi, I, Firenze, 1948, p. 59 ss. (ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955, pp. 384-485).

([13]) Per alcune delle quali (oltre quanto si dirà in seguito), cfr., ma problematicamente, CRISAFULLI, *La legge regionale nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 262 ss.

([14]) Non pare decisiva l'obiezione (D'ATENA, *op. cit.*, p. 170) che risulterebbe così frustrato il fine « traslativo » dell'art. 117 Cost., trattandosi, come sopra si è rilevato, di un fine secondario della riforma regionale, certamente non qualificante e che non può non cedere di fronte all'esigenza di assicurare la continuità dell'ordinamento e con ciò stesso la certezza del diritto. Più grave

Probabilmente, la ricostruzione del sistema di rapporti tra legge statale e legge regionale nelle materie di competenza concorrente dovrebbe allora orientarsi nel senso che le norme costituzionali determinino la « preferenza » della seconda rispetto alla prima come fonte della disciplina di dettaglio, analogamente a quanto si suol riscontrare nelle relazioni tra fonti di autonomia e leggi ordinarie e — stando a recenti opinioni ([15]) — si verificherebbe altresì in altre ipotesi di c.d. « riserva » in favore di fonti normative, la cui presenza esclude da certe materie l'efficacia della legge ordinaria. In questa sede si può soltanto accennare al problema, non senza aggiungere che, ove un siffatto argomentare fosse da accogliere, la temporanea applicabilità

obiezione è che, se è configurabile — in ipotesi — a carico del legislatore statale un obbligo (pur se sprovvisto di sanzione) di emanare le leggi-cornice e comunque di esplicitare i principî delle materie, del tutto inconcepibile sarebbe considerarlo addirittura obbligato a legiferare (anziché ad astenersene) nelle materie di competenza regionale. Il rilievo sarebbe superabile solo sul terreno della prassi, ammettendo una sorta di autovincolo del legislatore, nel quale sarebbe lecito ravvisare una « convenzione costituzionale » tra Stato e Regioni. Vero è bensì che, sul piano delle ricostruzioni concettuali, la tesi in esame implicherebbe una qualche rettifica della concezione, più spesso accolta, della duplice « riserva » della fonte statale e di quella regionale, l'una competente (esclusivamente) a porre i principî, l'altra (del pari esclusivamente) a dettare la normazione di dettaglio. Ma alla medesima conclusione, peraltro, dovrebbe giungersi anche a ritenere, invece, che i vuoti determinati dall'inerzia del legislatore regionale siano colmabili facendo diretta applicazione dei principî posti o ricavabili dalle leggi statali. Senonché il rigore di tali assunti *dottrinali* è stato già infranto dal diritto positivo per quanto riguarda i regolamenti e le direttive CEE (come poc'anzi rilevato nel testo), né mancano (fuori di queste ipotesi) esempi di leggi statali che espressamente prescrivono la loro integrale applicazione, in via transitoria, ossia fino all'entrata in vigore delle norme regionali (indicazioni in PALADIN, *op. ult. cit.*, pp. 93-96, il quale esattamente rileva che, a questa stregua ed entro questi limiti, possono giustificarsi le disposizioni di dettaglio contenute in alcune recenti leggi-cornice). È da rammentare infine che le costruzioni dommatiche devono essere adeguate ai dati normativi e alla realtà della esperienza giuridica, e non viceversa, e non è da escludere (come si dice subito dopo nel testo) che delle « riserve » in favore di fonti normative diverse dalla legge ordinaria dello Stato debbano darsi configurazioni in parte difformi da quelle oggi comunemente adottate.

([15]) NOCILLA, *Aspetti del problema relativo ai rapporti fra le fonti che disciplinano la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, spec. p. 43 ss. e p. 62 ss.; ID., *Considerazioni critiche sul concetto di fonti del diritto*, Milano, s.d., ma 1980 (ed. provvisoria), p. 142 ss., anche con specifico riferimento all'art. 117 Cost.

di norme poste dalle leggi statali in materie attribuite alle Regioni *nella assenza* (*originaria o successiva*) *delle norme poste dalla competente fonte regionale*, sarebbe compatibile con la separazione dei due ordini di normazione, costituzionalmente stabilita ([16]).

6. Altro problema è quello — oggi di maggiore attualità — delle interferenze tra compiti di intervento dello Stato nell'economia, con i relativi piani o programmi settoriali o territoriali e le connesse tendenze a forme di programmazione globale, da un lato, e attribuzioni legislative e amministrative riservate alla autonomia delle singole Regioni, dall'altro.

Non che il problema sia esploso d'un tratto come qualcosa di nuovo e inatteso, trovando al contrario precedenti anche di notevole rilievo, con riferimento alle Regioni a statuto speciale, fin da anni ormai lontani. Non per nulla, la Commissione interregionale prevista dalla legge del 1970, cui si è fatto cenno poco fa, era stata anticipata da una « Commissione consultiva interregionale », composta da rappresentanti delle amministrazioni regionali e delle Provincie autonome di Trento e Bolzano, istituita (limitatamente, s'intende, alle Regioni a statuto speciale, che, sole, erano allora operanti) già dall'art. 9 della legge 17 febbraio 1967, n. 48, relativa alle attribuzioni del Ministero del bilancio e della programmazione economica e al Comitato dei ministri per la programmazione economica, « per l'esame dei problemi riguardanti le Regioni in materia di programmazione ».

Sul problema si registra attualmente una certa confusione di idee: da un lato, si vuole che le Regioni (singolarmente o addirittura, come si è visto, nel loro complesso unitario) partecipino alle grandi scelte politico-economiche dello Stato; dall'altro (e non di rado, dai medesimi settori politici e culturali) si lamenta che siano oberate di compiti di amministrazione attiva, anche di carattere esecutivo, « accanto a un insufficiente sviluppo della loro autonomia politica e legislativa » (cito dalla bozza di documento approvata dalla Commissione parlamentare il 27 gennaio 1982, più volte ricordata); per un verso, si conviene da tutti che la conflittualità Stato-Regioni debba finalmente cedere il passo a forme di cooperazione e integrazione; per altro verso si deplora che le Regioni vadano degradando a enti « ausiliari » dello Stato, con prevalenza della funzione amministrativa su

([16]) *Supra*, nt. (14).

quelle legislative e non siano più perciò quelle disegnate nel 1948, auspicandosi il ritorno a un regime di *separazione* tra Stato e Regioni, che si assume caratterizzerebbe il « modello » costituzionale ([17]).

Osserverei in contrario:

1) che il modello costituzionale non sarà — come taluno ha ritenuto — una « pagina bianca » ([18]), ma certamente è aperto a diversi possibili sviluppi, anche per l'incertezza sul ruolo del nuovo ente che — come rammentato all'inizio — aleggiava sui lavori della Costituente e per il silenzio del testo costituzionale sui rapporti tra programmazione economica e autonomie regionali;

2) che nella Costituzione sono sicuramente presenti congegni diretti a coordinare le competenze regionali tra loro e con quelle statali, per realizzare il principio (questo sì, principio supremo e intangibile del nostro sistema costituzionale) dell'unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5, in apertura), anche se è vero che i principali tra tali congegni (o quanto meno, e forse più esattamente, i più appariscenti tra essi) hanno particolare e prevalente riferimento alle competenze legislative. Ciò che non toglie che, *se* si tien fermo il principio del parallelismo tra funzioni legislative ed amministrative regionali, attraverso il coordinamento unitario delle prime dovrebbe conseguirsi quello delle seconde (adopero tuttavia il condizionale, perché com'è noto, non pochi studiosi escludono che i limiti delle competenze legislative regionali si estendano alle competenze amministrative).

Comunque, ecco una rapida rassegna dei congegni unificanti costituzionalmente previsti:

A) Sia per le Regioni a statuto ordinario sia per la corrispondente potestà legislativa bipartita o concorrente (almeno) di quelle a statuto speciale, non sussiste separazione netta di materie e di fonti tra Stato e Regioni, perché al contrario, sulle stesse materie, c'è concorso necessario di fonti statali e regionali: le prime che pongano (o dalle quali si traggano) i principî, le altre che pongano le norme ulteriori di dettaglio ([19]). Già per questo, dunque, le leggi statali

([17]) Per questa opinione, molto diffusa, v. più di recente e con accento spiccatamente polemico, BARDUSCO, *Lo Stato regionale italiano*, Milano 1980.

([18]) Con riferimento specifico, però, agli elenchi delle materie attribuite alle competenze regionali. L'espressione è riportata dal D'ATENA, *op. cit.*, p. 112.

([19]) Che tale sia la regola fondamentale del sistema costituzionalmente

condizionano le norme regionali con le conseguenze, tra l'altro, in caso di mutamento dei principî posti o risultanti dalle prime, di cui all'art. 10 della legge n. 62 del 1953, la c.d. « legge Scelba », a norma del quale la modificazione dei principî delle leggi statali implica caducazione delle norme regionali che contrastano con i nuovi principî.

B) Altra applicazione del principio unitario nel campo legislativo, con supremazia potenziale della fonte statale, è data dai limiti ulteriori, consistenti nell'interesse nazionale o di altre Regioni, a norma dell'art. 117 Cost. nonché — sebbene in questa disposizione costituzionale non vi si accenni espressamente — negli obblighi internazionali e nelle norme fondamentali delle riforme economico-sociali.

C) Se è vero che le Regioni sono legittimate ad impugnare le leggi statali, ed in questo senso stanno quindi su un piano di parità con lo Stato, è però da tenersi presente che le leggi statali entrano ugualmente in vigore: soltanto l'impugnazione proposta dallo Stato contro leggi regionali è invece preventiva e quindi *condizionante*, e soltanto le leggi regionali sono impugnabili anche per contrasto di interessi (a parte che, nell'esperienza reale, il caso non si è finora mai dato).

D) L'art. 118 consente allo Stato di derogare al principio del parallelismo tra funzioni amministrative e legislative, attribuendo quelle tra le prime che siano di interesse strettamente locale agli enti infraregionali (e di tale facoltà il legislatore statale si è ampiamente avvalso anche con il decreto n. 616 del 1977).

E) L'autonomia finanziaria è riconosciuta alle Regioni « nelle forme e nei limiti stabiliti da leggi della Repubblica che la coordinano con la finanza dello Stato, delle Provincie e dei Comuni ».

F) Sempre in tema di attribuzioni amministrative, c'è poi l'art. 124, prescrivente che il Commissario del Governo coordini quelle esercitate dallo Stato con quelle esercitate dalla Regione, mentre il

accolto rimane vero pur dopo caduta la necessaria precedenza cronologica delle leggi-cornice (per l'intervenuta modificazione dell'art. 9, primo comma, della legge n. 62 del 1953 ad opera dell'art. 17 della legge n. 281 del 1970), ed anche a ritenere che, in assenza di norme regionali, possano trovare applicazione provvisoria, nelle materie di competenza regionale, norme statali suppletive o — in mancanza di queste ultime — i principî della legislazione statale, secondo quanto si è venuto prospettando nelle pagine precedenti.

successivo art. 125 prevede e disciplina il controllo dello Stato sugli atti amministrativi regionali.

G) Per l'art. 123, gli statuti regionali devono essere « in armonia... con le leggi della Repubblica » (quali?... il problema è tuttora aperto) e devono essere approvati dallo Stato con legge (al pari, ovviamente, delle loro successive modificazioni), mentre, per l'art. 122, al quale forse non si è prestata la dovuta attenzione, spetta allo Stato (per le Regioni a statuto ordinario) determinare « il sistema di elezione, il numero e i casi di ineleggibilità e di incompatibilità dei consiglieri regionali ». La struttura democratico-rappresentativa delle assemblee regionali è, qui, dunque rimessa interamente alla legge dello Stato.

H) I Consigli regionali possono essere sciolti, ed in verità la disciplina dettata in merito dall'art. 126 somiglia assai a quella applicabile ai Consigli comunali e provinciali, con la sola variante (certo, da non sottovalutare) del parere obbligatorio della Commissione parlamentare per le questioni regionali.

7. Raccordi tra attività statali e regionali sono altresì presenti negli statuti costituzionali delle Regioni ad autonomia speciale, nelle relative norme di attuazione, nella giurisprudenza della Corte costituzionale formatasi in quella prima fase (parziale) dell'esperienza regionale, e si fanno sempre più frequenti nella legislazione statale, spesso concretandosi nell'inserimento delle Regioni in procedimenti programmatorî di competenza dello Stato: uno dei primi casi, che poté sembrare, all'epoca, esemplare, è quello del Piano di rinascita della Sardegna, che risale al 1962; un altro, che dette luogo ad una importante (ed a mio avviso, tuttora valida) pronuncia della Corte costituzionale è quello del Piano generale degli acquedotti, che risale a sua volta al 1963 ([20])...

([20]) Sent. n. 4 del 1964, in *Giur. cost.*, 1964, p. 34. In essa la Corte, dopo avere affermata la competenza statale a adottare leggi contenenti la formulazione di piani o programmi riguardanti l'intero territorio nazionale, sottolinea peraltro l'esigenza « che il preminente interesse generale, del quale è portatore lo Stato, si coordini e si concilii con l'interesse particolare del quale è portatrice la Regione », soprattutto nella fase di realizzazione, che deve avvenire attraverso piani regionali; laddove, nella prima fase, deliberativa, la Regione deve bensì essere « sentita », senza tuttavia che il suo intervento assuma carattere condizionante, come avverrebbe se si richiedesse l'intesa: poiché, se così

Il processo di crescente integrazione reciproca tra Stato e Regioni tocca uno dei punti culminanti con la tanto discussa (e così raramente esercitata...) « funzione di indirizzo e di coordinamento », introdotta dall'art. 17 della legge n. 281 del 1970, ma confermata più di recente dall'art. 4 del decreto delegato n. 616 del 1977, per sboccare da ultimo nell'art. 11 di questo stesso decreto (che di quel processo a me pare un coronamento, anziché un rovesciamento, come da qualche parte si è ritenuto). A norma di quest'ultima disposizione, infatti, le Regioni sono chiamate « *a concorrere* » alla determinazione degli obiettivi della programmazione economica nazionale, mentre ad esse spetta, bensì, determinare i proprî programmi di sviluppo, ma « *in armonia* » con gli obiettivi della programmazione economica nazionale (e con il concorso degli enti territoriali infraregionali), soggiungendosi che nei programmi regionali di sviluppo « gli interventi di competenza regionale sono coordinati con quelli dello Stato e con quelli di competenza degli enti locali territoriali » ([21]).

Non vorrei che il quadro sommariamente delineato in queste pagine sembrasse — e meno che mai, deliberatamente — troppo *riduttivo*, ma non esito a dichiarare che non mi riesce di scorgere nelle recenti tendenze della prassi politica e legislativa, cui si accennava nel par. precedente, un contrasto o comunque un distacco netto rispetto al modello costituzionale: certo, l'accento cade ora sulla cooperazione, e cioè sul principio unitario, piuttosto che sulla distinzione di competenze, che tuttavia non ne risulta cancellata né vanificata. Non soltanto la sempre maggiore complessità dei problemi economici che lo Stato deve attualmente affrontare, ma la stessa maggiore ampiezza del decentramento di funzioni alle Regioni, operato con il decreto n. 616 del 1977, concorre a spiegare e giustificare quel più stretto rapporto tra Stato e Regioni di cui si discute (e che, come giustamente si è osservato in dottrina, se, a volte, ridonda in una diminuzione dell'ambito dell'autonomia delle singole Regioni, altre volte si risolve invece in un accrescimento del loro ruolo e della loro influenza).

fosse, si renderebbe « impossibile la definitiva redazione del piano generale, che, necessariamente, deve operare una sintesi delle diverse esigenze locali e fondarsi su criteri unitari ».

([21]) In senso diverso, BASSANINI, *Sviluppo economico*, in BARBERA BASSANINI, *I nuovi poteri delle Regioni e degli enti locali*, Bologna 1978, p. 319 ss.

Forse, il sottinteso del dibattito sta nel dilemma: integrazione *paritaria* o *per supremazia* dello Stato ([22])? È chiaro che quando una norma prescrive che un determinato atto debba essere adottato *d'intesa* o *previo accordo* tra due soggetti, la regola della maggioranza essendo per definizione inapplicabile, le soluzioni non possono essere che due: ammettere che il rifiuto di una delle due parti basti ad impedire che l'atto venga posto in essere; o ritenere che le volontà concorrenti all'atto siano diseguali, ossia che impropriamente si parli di accordo o intesa, per designare semplicemente l'esigenza di un parere (obbligatorio, ma non vincolante).

A meno di non sovrapporre alle parti la decisione di un terzo. Il nuovo diritto di famiglia, ad es., attribuisce il governo della famiglia, congiuntamente e paritariamente tra loro, ad entrambi i coniugi: bisogna che si mettano d'accordo, ma, se non ci riescono, è previsto l'intervento del giudice... Analogamente, si potrebbe dire, se Stato e Regione non raggiungono l'intesa, è dato ricorso al giudice, che, nel caso, è la Corte costituzionale in sede di giudizio per conflitto di attribuzione. Ma, a prescindere dagli interrogativi di ordine processuale che si porrebbero quanto all'atto (o al « non atto ») impugnabile e quanto al *dies a quo* del termine per ricorrere (da quale momento dovrebbe dirsi che l'intesa sia ormai diventata impossibile?), il risultato sarebbe politicamente paradossale: partiti dal principio di integrazione e cooperazione, precipiteremmo in una nuova conflittualità (senza parlare dei tempi lunghi, occorrenti per giungere a una decisione, che rischierebbe il più delle volte di essere comunque tardiva).

Quest'ultima considerazione mi sembra risolutiva, se pur non ci fossero in Costituzione quelle applicazioni del principio unitario, che presuppongono, in definitiva, una supremazia dello Stato-persona, che poc'anzi ho passato in rapida rassegna. La cooperazione regionale non può diventare condizionante, né comunque, mancherebbe il giudice, potendo la Regione interessata sollevare conflitto contro lo Stato, senza con questo paralizzarne l'azione (ed avendo persino la possibilità di ottenere dalla Corte la sospensione cautelare dell'atto che lo Stato avesse frattanto unilateralmente emanato).

([22]) Sul dilemma, v. ampiamente BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 84 ss. e più recentemente, accostandosi alla tesi della supremazia statale, *L'autonomia regionale*, loc. cit.

VIII.

ASSEMBLEARISMO E COSTITUZIONE

Pubblicato in *Prospettive nel mondo*, n. 7 (gennaio 1977).

1. Diceva il Montesquieu, nell'esporre la sua famosa teoria della divisione dei poteri, che non può esserci libertà dove nelle stesse persone o nello stesso organismo la potestà legislativa sia unita a quella esecutiva: « Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger des crimes ou des différends des particuliers ». Questo passo de *L'esprit des lois* mi tornava alla mente seguendo recenti polemiche, che hanno avuto anche qualche eco in Parlamento, sul progressivo slittamento del nostro sistema di governo verso forme assembleari e para-assembleari: che, al di là della anomalia rappresentata dalla confusione di ruoli tra Governo ed opposizione, ed in realtà dalla mancanza di una vera maggioranza e di una vera opposizione nei due rami del Parlamento (che è ancora una situazione politica di fatto, legata a particolari circostanze e, dunque, contingente), va a poco a poco istituzionalizzandosi (ed è questa la cosa più grave) attraverso una serie già abbastanza cospicua di leggi (e di progetti legislativi in corso), accomunati dalla tendenza a conferire alle Camere, e più specificamente a loro Commissioni, poteri di penetrante partecipazione all'esercizio della funzione amministrativa, e persino, in qualche caso, poteri di concreta amministrazione attiva.

Non mi si fraintenda. So bene che la teoria del Montesquieu è oggi, sotto molti aspetti, superata; che certamente lo scrittore francese aveva errato nella interpretazione e ricostruzione della forma di governo britannica del suo tempo come pure nella determinazione ed enumerazione dei cosiddetti poteri; che si era ingannato nel ritenere praticamente possibile una rigida ed assoluta « divisione » tra di essi, la quale, se fosse attuata davvero, condurrebbe alla paralisi della vita dello Stato. Non meno certamente, però, nelle parole sopra riferite si racchiude una giusta intuizione, valida anche al giorno d'oggi: la concentrazione nelle stesse mani delle diverse articolazioni del potere statale è fonte di pericoli per le libertà individuali, perché apre la via all'arbitrio dei governanti, siano questi uno o pochi o molti. L'arbitrio di un'assemblea, per quanto demo-

craticamente costituita, non è meno arbitrio di quello di un singolo uomo o di una ristretta oligarchia (a parte la facile considerazione che, pur nelle moderne democrazie rappresentative, la classe politica, in generale, e più particolarmente quella sua sottospecie che è la classe parlamentare, è anch'essa — inevitabilmente — una oligarchia).

È per ciò che la distinzione tra chi fa le leggi e chi è chiamato ad applicarle, sia in veste di giudice sia di amministratore, si configura come una garanzia essenziale di un qualsiasi Stato a ordinamento liberal-democratico. È su quella distinzione che riposa, in ultima analisi, il principio di legalità e che si fonda, insieme con questo, la tutela dei diritti dei cittadini. Tali principî sono implicitamente presupposti dalle numerose (sin troppo) disposizioni della Costituzione repubblicana che apprestano « riserve di legge », assolute o relative, per la disciplina di determinate materie; sono esplicitamente presenti in quell'art. 113, dove si legge che « contro gli atti della Pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa ». Non ci sarà, in Costituzione, come molti (non tutti) ritengono, una vera e propria riserva di amministrazione, come c'è invece una riserva di giurisdizione; ma sicuramente l'art. 113 (parlando di « *atti della Pubblica amministrazione* », vale a dire promananti da quel complesso organizzativo che la stessa Costituzione, nel Titolo III della Parte seconda, designa come « La Pubblica amministrazione », soggettivamente intesa) si riferisce agli atti amministrativi ed implica, all'inverso, che, *almeno di regola*, questi ultimi siano di competenza degli uffici costituenti, per l'appunto, la Pubblica amministrazione: giacché, se così non fosse, il principio ivi enunciato ne risulterebbe in larga misura svuotato di effettivo contenuto.

Il cittadino che si ritenga leso da un provvedimento amministrativo (adottato da una qualche autorità della Pubblica amministrazione, nel senso soggettivo dell'espressione) può ricorrere, infatti, a seconda dei casi, al giudice ordinario o al giudice amministrativo; può ottenere l'annullamento dell'atto, oppure (od anche) il risarcimento del danno che da esso gli è derivato, e via dicendo. Ma che cosa potrebbe fare, quali rimedi esperire contro un provvedimento amministrativo adottato, invece, da una delle Camere o da loro Commissioni?... Personalmente, sono tra i pochissimi che hanno sempre contestato la costituzionalità, od almeno la correttezza,

della prassi, ormai peraltro definitivamente invalsa, delle cosiddette « leggi-provvedimento »: leggi, cioè, che non dispongono in generale ed in astratto, ma hanno contenuto di concreto provvedimento amministrativo, direttamente rivolto e immediatamente operante nei confronti di soggetti determinati. Ma, almeno, contro leggi siffatte resta la possibilità di ricorrere alla Corte costituzionale: la forma di legge assunta dall'atto ammministrativo non toglie, dunque, del tutto le garanzie dovute ai singoli cittadini, anche se le sposta sopra un piano diverso.

Ben più grave è il problema nell'ipotesi di provvedimenti amministrativi puri e semplici, promananti dalle Assemblee parlamentari o da loro organi. Né si tratta di ipotesi immaginarie, poiché la questione è stata dibattuta in dottrina con riferimento ai poteri (di natura schiettamente amministrativa) che talune disposizioni della legge del 14 aprile 1975, n. 103, in materia di diffusione radiofonica e televisiva, demandano alla sottocommissione permanente per l'accesso, costituita in seno alla Commissione parlamentare « per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi ». Agli interessati è dato ricorrere, contro le deliberazioni della sottocommissione, alla Commissione plenaria, sta bene; ma, e poi? Sarebbe possibile a chi si sia visto respingere definitivamente la propria richiesta provocare l'intervento di un giudice?... Se si risponde affermativamente, l'esigenza garantista espressa dall'art. 113 sarà soddisfatta nella sostanza, ma superandosene la lettera ed a costo di sottoporre atti del Parlamento al sindacato giudiziario; se si risponde negativamente, la disposizione costituzionale risulterà bellamente aggirata e praticamente vanificata.

2. La giustificazione corrente della tendenza ad ipertrofizzare le attribuzioni delle Camere viene fondata sulla « centralità » del Parlamento. È questa una delle tante parole magiche, del tipo « partecipazione », « pluralismo », « confronto », alle quali ci ha ormai avvezzato la fertile fantasia dei (non disinteressati) coniatori di vocaboli che o non dicono niente o dicono troppo, senza averne l'aria.

Se, infatti, per « centralità » del Parlamento si vuol dire, semplicemente, che le due Assemblee che lo compongono sono *al centro* del sistema di governo, perché diretta espressione della volontà popolare e perché ad esse spetta, oltre alla funzione legislativa, anche di concorrere all'indirizzo generale politico dello Stato, si dicono cose ovvie e risapute: la Repubblica è democratica (art. 1 della Co-

stituzione); le Camere, formate mediante elezione diretta, a suffragio universale, sono gli organi più spiccatamente rappresentativi; la forma di governo costituzionalmente adottata rientra nel tipo parlamentare, ed implica perciò (o meglio, *implicherebbe*, la realtà essendo ben diversa) che nelle Camere si formino e modifichino le grandi piattaforme politiche sulla base delle quali nascono e muoiono i Governi.

Ma da tutto ciò non si riesce a dedurre che il Parlamento possa fare tutto quel che vuole, assumendo a piacimento compiti che non sono né legislativi né di controllo politico né di partecipazione all'indirizzo politico, ma di natura schiettamente amministrativa. La cosiddetta « centralità » del Parlamento, correttamente intesa, non lo autorizza ad invadere le sfere di competenza di altri poteri, cancellando distinzioni e differenziazioni, che sono essenziali ad uno Stato di diritto e sicuramente presenti nella vigente Costituzione. Il vero è che dietro la parola sta l'idea di una assoluta supremazia del Parlamento, di una sorta di restaurata sovranità delle Assemblee, che non corrispondono affatto al modello costituzionale: nel quale non c'è posto per un organo che possa dirsi, propriamente, « sovrano », perché sovrano è soltanto il popolo e il potere statale è ripartito tra una molteplicità di organi tra loro coordinati, ma reciprocamente indipendenti, secondo lo schema liberal-democratico dei *pesi e contrappesi*. Del che abbiamo conferma, tra l'altro, nell'art. 134 della Costituzione, che demanda alla Corte costituzionale di giudicare sui « conflitti di attribuzione *tra i poteri dello Stato* », e nella stessa topografia del testo costituzionale, nel quale sono separatamente previsti — rispettivamente nei Titoli I, II, III e IV della Parte seconda — il Parlamento; il Presidente della Repubblica; il Governo e la Pubblica amministrazione; la Magistratura (ed in realtà, più largamente, il potere giurisdizionale), nonché — nel Titolo VI — la Corte costituzionale.

Di una supremazia del Parlamento può dunque parlarsi, se si vuole, ma unicamente avendo riguardo alla competenza, che pure gli appartiene, di fare leggi costituzionali, modificando o integrando la Costituzione formale: sempre però nel rispetto (controllabile dalla Corte costituzionale) di apposite procedure e con l'eventualità di un *referendum* popolare di approvazione (che può essere chiesto, com'è noto, qualora la legge costituzionale non sia stata adottata, nella seconda deliberazione, con la maggioranza dei due terzi).

3. La tendenza all'*assemblearismo governante* non potrebbe nemmeno trovare giustificazione nei principî della forma di governo parlamentare, sostanzialmente accolta nel nostro ordinamento costituzionale. Certo, il sistema parlamentare postula non una separazione, ma un rapporto di collaborazione tra le Assemblee ed il Governo: collaborazione dialettica, tuttavia, tra due poteri che sono e restano distinti. Al Parlamento spetta legiferare e concorrere, all'atto del conferimento della fiducia iniziale, alla formazione del programma governativo; al Governo ed alla amministrazione provvedere alle concrete esigenze della vita associata, alla stregua dell'indirizzo generale politico concordato con le Camere e sotto il controllo (successivo) di queste. Ci sono, nella esperienza storica e comparata, svariate sottospecie del tipo parlamentare, ma, anche nelle forme ultraparlamentari (che ebbero qua e là un quarto d'ora di vita effimera nel primo dopoguerra), in cui il Governo veniva a configurarsi come un comitato esecutivo della maggioranza, l'attività propriamente amministrativa era pur sempre sottratta alle Assemblee e riservata agli uffici dell'apparato amministrativo, sotto la direzione (e la responsabilità politica) del Governo.

D'altronde, per limitarsi a quel che direttamente ci interessa, la vigente Costituzione della Repubblica, pur mostrando una certa qual *diffidenza* nei confronti del Governo (e del cosiddetto, *ed impropriamente detto,* potere esecutivo, in genere), ha chiaramente delineato un sistema di equilibrio tra i due poteri, che è tutto il contrario della confusione assemblearistica. Tanto per cominciare, l'efficienza e la stabilità del Governo riceverebbe una specifica garanzia nell'art. 94 della Costituzione, disciplinante forme e modi per la votazione della mozione di sfiducia: almeno stando alle intenzioni dei costituenti, oggettivatesi nel testo costituzionale, ma, notoriamente, disattese nella prassi, il congegno dell'art. 94 essendo rimasto il più delle volte lettera morta.

C'è poi l'art. 95, dove si afferma, in apertura, che « Il presidente del Consiglio dei ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile », soggiungendosi, nel terzo comma, che i ministri rispondono collegialmente degli atti deliberati in Consiglio dei ministri (che sono, per l'appunto, gli atti di indirizzo politico e di alta amministrazione), mentre rispondono individualmente di quelli dei loro dicasteri. Poiché si è responsabili di quel che si fa, è chiaro che la politica generale del Governo non può ridursi a pedissequa esecuzione di deliberati altrui. Non varrebbe obiettare che sa-

rebbe pure astrattamente configurabile una responsabilità *per l'esecuzione* di deliberati altrui (quasi come un mandatario risponde di fronte al proprio mandante), poiché lo stesso art. 95 si riferisce testualmente alla politica generale « *del Governo* » (e non alla attuazione od esecuzione di una politica generale determinata in altra diversa sede).

Analogamente, anche la disposizione dell'art. 97, a norma della quale « nell'ordinamento degli uffici » (della Pubblica amministrazione) « sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari » finirebbe per avere poco senso, se questi ultimi dovessero limitarsi ad eseguire decisioni di altri organi, estranei all'apparato Governo-amministrazione e per giunta irresponsabili, quali sono le Camere e le loro articolazioni o — peggio ancora — trarne una copertura politica per atteggiamenti autonomi, contrastanti con le direttive del potere politico solo competente a darle (Governo e ministri). Balza agli occhi quanto poco rispettoso degli artt. 95 e 97 della Costituzione sia, dunque, l'andazzo, che si va generalizzando (con l'avallo anche di testi legislativi recentemente approvati o di probabile prossima approvazione) di valersi dello strumento delle « indagini conoscitive » o delle « audizioni informali » o di apposite Commissioni bicamerali, per stabilire contatti diretti (talora scavalcando i ministri responsabili) con pubblici amministratori, e di sottoporre l'operato dell'Esecutivo ad un controllo, non più, come dovrebb'essere, successivo, ma preventivo, continuo *e quindi condizionante*, informato a criteri che sono il prodotto di compromessi tra i vari gruppi politici e spesso del prevalere del punto di vista delle opposizioni.

Il prestigio e la « centralità » del Parlamento si difendono restituendogli (se ancora possibile) la pienezza effettiva delle funzioni che costituzionalmente gli appartengono, dando efficienza e snellezza alle sue procedure; non assegnandogli nuovi compiti che gli sono istituzionalmente estranei (ed al cui esercizio, oltre tutto, è strutturalmente inadatto), con il risultato di un ulteriore esautoramento del Governo e di una accresciuta confusione e frammentazione dell'attività amministrativa.

4. Non credo di essere un formalista, e certo non sono un feticista dei testi legislativi e costituzionali. Non mi sorprende, perciò, né mi scandalizza che una costituzione, anche se rigida, subisca nel concreto dell'esperienza reale adattamenti e modifiche tacite,

che possono — in ipotesi — giungere fino a mutare radicalmente la fisionomia di certi istituti. Una costituzione è un organismo in perpetuo movimento e non si esaurisce nelle formule delle disposizioni in cui si articola: d'accordo. Ma tutt'altra cosa è far finta di niente e seguitare a richiamarsi alla Costituzione « intangibile », giustificando in suo nome prassi e tendenze con essa contrastanti, che potrebbero portare molto lontano sulla via di un vero e proprio sovvertimento surrettizio di quel sistema che, a parole, si proclama di voler realizzare (lo ha detto molto bene, in un suo recente articolo su un quotidiano, Nicola Matteucci).

E soprattutto non si dimentichi che, a tutti i livelli, l'assemblearismo può essere, al giorno d'oggi, la maschera del dispotismo.

IX.

OMBRE E LUCI DELLA COSTITUZIONE

Pubblicato in *Prospettive nel mondo*, n. 19/20 (gennaio-febbraio 1978).

Ricorre in questi giorni il trentesimo anniversario della Costituzione, ma la situazione generale del nostro Paese è così grave da scoraggiare in partenza qualsiasi tentativo di celebrazione retorica dell'avvenimento. La crisi si riflette ormai anche sulle istituzioni, che sembrano inadeguate a rispondere alle drammatiche esigenze dei tempi. La stessa Costituzione non si sottrae a critiche anche vivaci e ad inquietanti interrogativi: l'ordinamento fondamentale, che, attraverso l'Assemblea Costituente, il popolo italiano si era dato nel 1947, è tuttora vivo e vitale? La domanda serpeggia, e non di rado si fa esplicita, nella pubblicistica corrente, e viene ripresa da giuristi, politologi, ed anche da esponenti politici di varie tendenze.

A ragione o a torto, si va sempre più diffondendo l'*impressione* (sottolineo la parola) che la Costituzione non sia stata in grado di contenere entro il quadro della legalità repubblicana, di cui sta alla base ed enuncia i principî, l'evoluzione dei rapporti sociali e politici; che non sia stata al passo con i tempi; che il regime in essa disegnato si sia rivelato intrinsecamente fragile, incapace di resistere alle accresciute spinte centrifughe, alla prepotenza dei gruppi organizzati, alla protervia di oscure coalizioni di interessi ai margini tra il publico e il privato, persino alla sfida quotidiana della delinquenza comune.

Processo alla Costituzione?

La situazione è, in qualche modo, paradossale. Di una Costituzione, salutata al suo apparire con entusiasmo che parve, e fu probabilmente, sincero; esaltata quale simbolo e premessa di una palingenesi politica e sociale dell'Italia, a soli trent'anni di distanza vengono messe in dubbio la capacità di « tenuta » e (da alcuni, almeno) la stessa *effettiva* validità o vigenza.

Un esame di coscienza, dunque, s'impone, per verificare come ciò sia stato possibile, per quali errori iniziali dei costituenti o per quali traviamenti successivi: un esame di coscienza, però, che non deve esaurirsi esclusivamente in una sorta di « processo alla Costituzione ». Scaricare tutte le responsabilità sulla Costituzione equi-

varrebbe, oltre tutto, a ricadere, per altro verso, in quell'errore di astrattezza che alimentava il feticismo costituzionale di rigore sino a poco tempo addietro. La migliore delle costituzioni non basta a salvare un popolo dagli errori della classe dirigente, ed in particolare delle forze politiche, di maggioranza e di opposizione, che in esso si esprimono: sarebbe perciò puerile, ed anche troppo comodo, quando ci si accorge (tardivamente) che la casa brucia, mettersi l'animo in pace, limitandosi a porre sotto accusa la Costituzione.

Vero è soltanto che una costituzione può essere congegnata in modo da favorire certi sviluppi e certe soluzioni a preferenza di altre, perché ogni istituto giuridico è destinato a produrre, e di regola produce, determinati risultati pratici, dei quali pone le premesse. E perciò, nella misura in cui è possibile isolare concettualmente dal processo storico reale gli aspetti propriamente giuridico-costituzionali, per valutarne « il rendimento », ad una costituzione, e praticamente ai suoi *conditores*, è lecito addebitare errori di ordine tecnico, mancanza di preveggenza, scelte irrazionali o inadeguate, che possono avere offerto terreno propizio, od anche semplicemente fornito occasioni, al prevalere di prassi disgreganti, involutive o addirittura eversive. E bisognerebbe comunque sforzarsi di distinguere (ma è tutt'altro che facile) quel che è difetto originario della Costituzione, così come fu ideata e formulata — nero sul bianco — in un testo solenne, da quel che, invece od anche, è difetto nell'attuazione del modello costituzionale. Difetto di omissione o di travisamento e persino, talvolta, di « iperattuazione » (che si risolve anch'essa, a sua volta, in una forma di travisamento).

Nel caso italiano, poi, un processo alla Costituzione è reso ancora più difficile da una serie di circostanze, del resto largamente note, alcune delle quali attengono alle caratteristiche generali che la contrassegnano e che sono il riflesso delle condizioni reali entro cui, storicamente, è sorta, sicché difficilmente avrebbero potuto essere differenti. Una Costituzione scaturita da un accordo di massima, e da particolari specifici compromessi, tra forze politiche di diversa ispirazione ideologica, ciascuna delle quali vi ha lasciato un'impronta più o meno spiccata: rivolta a mediare in una sintesi unitaria democrazia liberale e democrazia sociale, Stato di diritto e Stato sociale, e praticamente, da un lato, a « restaurare », con qualche miglioramento e qualche ritocco, un sistema politico di democrazia parlamentare di stampo piuttosto antiquato, già caducatosi con l'avvento del fascismo, più di vent'anni prima; protesa, d'altro lato, a

dare pienezza di contenuto ed effettiva consistenza alle libertà civili e politiche tradizionali, prefigurando a tal fine un regime economico-sociale di tipo nuovo, dai contorni — a dire il vero — alquanto nebulosi e generici, ed impegnando a realizzarlo la generazione presente e le generazioni future.

Ma una Costituzione, anche, non dimentichiamolo, fortemente *datata*, che risente eccessivamente di stati d'animo e preoccupazioni che dominavano il clima politico di quegli anni, primo fra tutti lo spettro dell'autoritarismo, e che ha perciò messo un po' troppo l'accento sul momento della libertà e dell'autonomia, privilegiando oltre misura — come altri ha già rilevato — i meccanismi frenanti e garantistici, nei confronti di quelli cui sono affidate in democrazia la formazione del processo decisionale politico e la sua effettiva realizzazione.

Come è stata attuata la Costituzione

L'attuazione giurisdizionale. — Ciò posto, che cosa significava e a chi spettava « attuare » la Costituzione? Per un verso, significava, ovviamente, dare a tutte le sue disposizioni che ne fossero suscettibili concreta applicazione, in luogo di quelle delle leggi anteriori aventi il medesimo oggetto.

Attuazione, dunque, come « applicazione », che coincideva press'a poco con l'attuazione della Parte prima del testo costituzionale, intitolantesi ai « diritti e doveri dei cittadini » (ma dei doveri quasi nessuno poi si è dato pensiero, ad onta dell'esplicito richiamo dell'art. 2 ai « doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale »): della quale non sarebbe possibile negare che sia stata vasta, spesso profonda, e sollecita, per merito precipuo della giurisprudenza, e di quella della Corte Costituzionale in special modo. E nulla vi è di strano nella circostanza che l'opera quotidiana della giurisprudenza, per sua stessa natura inevitabilmente episodica perché esplicantesi caso per caso, abbia spesso preceduto (e stimolato) l'intervento del legislatore.

È doveroso aggiungere, peraltro, sfidando l'impopolarità, che non sono mancati eccessi: casi, cioè di « iperattuazione », da parte di certi settori, fortemente politicizzati, della magistratura, i quali, in omaggio (nella migliore delle ipotesi) ad una retorica libertaria e populista, hanno portato alle estreme (e non necessarie) conseguenze principî costituzionali in sé nobilissimi, con il risultato, tra

l'altro, di indebolire la difesa sociale contro la criminalità comune e politica. È accaduto così, per esempio, che i sacrosanti principî di tutela della libertà personale e del diritto di difesa siano stati distorti nella loro pratica applicazione, sino a giustificare incredibili indulgenze, pratiche lassiste, vergognosi cedimenti (anche di forma: penso a quel che ormai è costume avvenga nelle aule giudiziarie, quando vi si celebrano processi politici); che la libertà di sciopero, nella perdurante carenza di quella regolamentazione legislativa che sarebbe prevista in Costituzione, finisca troppo spesso per coprire del suo manto le più svariate e insidiose forme di lotta sindacale, lesive anche della libertà di lavoro, costituzionalmente garantita (scioperi a scacchiera, a singhiozzo; picchettaggi agli ingressi dei luoghi di lavoro, ecc.) e persino vandalismi e danneggiamenti di impianti, occupazioni di aziende e di edifici pubblici, e cioè fatti la cui illiceità non aveva e non ha bisogno di essere confermata da apposite leggi di attuazione dell'art. 40.

Rilievi in parte analoghi devono muoversi anche alle autorità preposte ai servizi di polizia, le quali pure, in molti casi, sono chiamate ad « applicare » direttamente la Costituzione, ma, specialmente in quest'ultimo decennio (e cioè, proprio quando l'erompere della contestazione avrebbe richiesto la massima fermezza) hanno spesso « lasciato correre », cavandosela poi col dire o borbottare che hanno « le mani legate » dalla Costituzione. Al che deve replicarsi che la giustificazione può avere, a volte, qualche fondamento, sebbene frequentemente avvenga che non la Costituzione, pur nel suo estremo liberalismo, ma semmai certe interpretazioni giurisprudenziali oltranziste (come quelle cui ho poc'anzi accennato) legano ad essi le mani. L'art. 17, tanto per fare un esempio concreto e di attualità, statuisce bensì con la massima ampiezza la libertà delle riunioni, ma all'espressa condizione che siano *pacifiche* (e che i cittadini vi convengano « senz'armi »). E, coerentemente con tale premessa, ammette che quelle in luogo pubblico possano essere vietate quando ricorrano « comprovati motivi di sicurezza e di incolumità pubblica ». Sarà pur vero che la formula è insufficiente perché troppo restrittiva, ma è un fatto incontestabile che da alcuni anni non c'è manifestazione promossa da gruppi e gruppuscoli bene individuati che non degeneri nella commissione di reati, mettendo a repentaglio l'incolumità delle persone e delle cose, e malgrado ciò troppe volte le autorità competenti si guarda-

no bene dal vietarle, dando così iperattuazione alla libertà garantita, attraverso disapplicazione del limite pur testualmente stabilito.

L'attuazione legislativa. — Attuare la Costituzione significava, per altro verso, dare vita concreta agli organi ed enti di cui si compone il sistema politico-costituzionale, alcuni dei quali senza precedenti nell'ordinamento anteriore. Per questa parte, il compito non poteva che spettarne al legislatore, così come è al legislatore che competeva (per definizione) sciogliere le numerose « riserve di legge », poste dalla Costituzione per la disciplina dell'esercizio di determinati diritti, individuali e collettivi, e per rendere praticamente *agibili* istituti dei quali essa si limita a tracciare i lineamenti essenziali: la stessa giustizia costituzionale, il *referendum*, l'organizzazione sindacale, lo sciopero, l'indipendenza della magistratura, e via dicendo.

È stata generalmente rilevata — e criticata — la lentezza con cui il compito è stato assolto. Ed è vero che il processo di attuazione legislativa della Costituzione si è svolto lentamente, giungendo a compimento, o quasi, solo intorno agli anni '70, con l'introduzione del *referendum* e l'istituzione delle Regioni a statuto ordinario.

Dico « quasi », perché — a rigore — qualcosa manca ancora oggi (e mancherà chissà per quanto tempo...) perché il disegno costituzionale possa dirsi realizzato nella sua interezza. Anche lasciando da parte le grandi riforme necessarie per tradurre in pratica, concretizzandone gli equivoci lineamenti, la parte propriamente « programmatica » della Costituzione, manca quella legge sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio, alla quale fa espresso rinvio, nel suo ultimo comma, l'art. 95 della Costituzione; mancano le leggi previste dagli artt. 39 e 40, per disciplinare l'organizzazione sindacale e regolare l'esercizio del diritto di sciopero.

Non sarebbe possibile negare che il sistema, così come attualmente funziona, ne risulti, già sotto quest'ultimo aspetto, per esempio, sbilanciato, perché alla piena espansione delle libertà sindacali, a cominciare dal diritto di sciopero, non corrispondono quei correttivi che gli stessi costituenti avevano giudicato necessari per la salvaguardia degli interessi generali della collettività. Beninteso, così scrivendo, parto dal presupposto, forse ottimistico al punto in cui siamo, che queste leggi, se adottate, sarebbero poi osservate dalle organizzazioni sindacali e fatte osservare da chi di dovere. Se

si pensa, invece, magari più realisticamente, che rimarrebbero pezzi di carta, allora qualsiasi discorso diventa inutile perdita di tempo.

Ma, oltre che lento e incompleto, il processo di attuazione legislativa della Costituzione è stato, certamente, tortuoso. Si è venuto svolgendo a sbalzi, alternando lunghe fasi di inerzia ad improvvise fiammate, ed anche a qualche significativo ripensamento e ritorno indietro: obbedendo, nell'insieme, a sollecitazioni e pressioni provenienti da questa o quella parte, seguendo, cioè, molto più la ragion politica contingente che un disegno organico e razionale.

Tipico il caso del *referendum*, che ci si è risolti a rendere concretamente agibile non per tardivo ossequio al dettato costituzionale né per maturata convinzione (è noto che sulla compatibilità sistematica del *referendum* con la forma di governo parlamentare molti dubbi erano stati avanzati), ma semplicemente in funzione strumentale, per soddisfare esigenze politiche immediate, che è qui superfluo rammentare. Ma quando poi ci si è accorti dei pericoli che alla stabilità del regime politico (o *di un certo* regime) potevano derivare dall'uso, in verità eccessivo e prevalentemente agitatorio, fattone da determinati gruppi minoritari, ecco farsi strada *il « ripensamento »*, attraverso i progetti di modifiche alla disciplina dell'istituto (alcune delle quali, nel merito, sono probabilmente da condividere) di cui ci danno notizia le cronache di questi giorni.

Un altro esempio di « ripensamento » lo troviamo nella legge costituzionale n. 1 del 1967, approvata con la massima celerità da tutti i gruppi parlamentari, con la quale fu ridotta la durata in carica dei giudici della Corte Costituzionale ed abolito, nei loro confronti, l'istituto della *prorogatio* (in virtù del quale, i titolari di pubblici uffici continuano, dopo la scadenza, nell'esercizio delle loro funzioni, sino all'effettivo subentrare dei nuovi titolari). Il senso politico dell'operazione è chiarissimo: dopo aver dato vita, tardivamente e di mala voglia, al massimo organo di garanzia costituzionale, ci si è affrettati a cogliere la prima occasione (l'imminente scadenza del primo dodicennio) per affievolirne le garanzie di indipendenza, quali erano state determinate dalla Costituzione, mettendone addirittura — al limite — la stessa possibilità di funzionare alla mercé dei medesimi organi i cui atti formano oggetto del suo controllo.

Di particolare interesse, in questo stesso ordine di idee e sempre procedendo in linea esemplificativa, mi sembra il caso del-

l'ordinamento regionale. Le Regioni a statuto speciale erano state realizzate immediatamente o quasi (le prime quattro risalgono al 1948; l'ultima, il Friuli-Venezia Giulia, per le note ragioni di carattere internazionale, al 1963), ma con molta, forse eccessiva, cautela: i decreti legislativi contenenti le norme di attuazione dei rispettivi statuti costituzionali, necessarie per il loro pratico funzionamento, adottati a piccole tappe, avevano operato quel « ritaglio » delle materie di competenza elencate negli statuti, per riservarne cospicue « fette » allo Stato, che aveva suscitato critiche, in larga misura giustificate. D'altro lato, onestà vuole si riconosca che, con poche ed onorevoli eccezioni, le legislazioni regionali non avevano brillato per fantasia ed originalità, il più delle volte limitandosi a ricalcare (con alcuni miglioramenti, ma anche con peggioramenti) le corrispondenti leggi statali ed esaurendosi per il rimanente in una fitta serie di provvedimenti di autorizzazione alla spesa. Né le amministrazioni regionali (anche qui, fatte le debite eccezioni) avevano dato, nell'insieme, esempi elettrizzanti di efficienza e di oculata gestione del pubblico denaro: spesso, anzi, si è verificato l'opposto. Non mancavano perciò motivi per riflettere seriamente sull'attuazione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, istituendo (comunque, tardivamente ormai) le Regioni a statuto ordinario da esso previste; e le opinioni erano infatti divise.

Ma per l'attuazione premevano le forze politiche di sinistra, e senza troppo guardare per il sottile, ponendo l'accento sugli aspetti politici della riforma regionale, nella quale vedevano essenzialmente uno strumento di lotta contro il potere politico centrale: confortate, a dire il vero, da qualche autorevole dottrinario, che, nella sua fervida fantasia, si era ficcato in mente che la riforma regionale sarebbe stata il grande e infallibile rimedio ai molti mali che affliggevano lo Stato italiano. E tra il 1970 e il 1972, tutte le Regioni sono state finalmente istituite.

A partire da questo momento, il piede passa dal freno all'acceleratore. Quello che, sia pure con ventidue anni di ritardo, è stato realizzato non basta, la riforma regionale sembra ancora insufficiente, troppe competenze — si afferma — sono rimaste ancora gelosamente custodite dallo Stato nelle proprie mani. Le sollecitazioni delle forze politiche di sinistra trovano adesso un nuovo punto di forza nelle stesse Regioni, subito costituitesi a formare un vero e proprio gruppo di pressione di nuovo genere. Alla cau-

tela subentra una improvvisa, quanto ingiustificata, ondata di entusiasmo; non c'è buon democratico che non si senta o non si proclami convinto regionalista: in questo clima, si vara la legge n. 382 del 1975, con delega al Governo a completare il trasferimento alle Regioni delle funzioni di cui all'art. 117 della Costituzione, ed in esecuzione di tale delega (e forse, eccedendone i limiti) interviene poi, a conclusione della vicenda, il decreto legislativo n. 616 del 1977, che è oggi, non a caso, al centro di tante discussioni.

Costituzione legale e costituzione di fatto

Attuare la Costituzione significava, infine, il conformarsi degli operatori politici alle norme da essa dettate per regolarne le attribuzioni, i rapporti, le responsabilità: che potrebbe considerarsi anch'essa, concettualmente, una forma di attuazione come « applicazione », se non fosse che, riferita ai massimi poteri dello Stato ed ai loro titolari (in un ambito nel quale non sono ipotizzabili interventi giurisdizionali, tranne che, ed in casi praticamente rarissimi, della Corte Costituzionale), non poteva non assumere caratteristiche tali da differenziarsene, in realtà, sostanzialmente.

È con riferimento a questa parte della Costituzione, che si suole denunciare lo svolgersi della prassi in modi diversi (o addirittura contrastanti) rispetto al modello in essa tracciato; il sovrapporsi, quindi, di una costituzione « di fatto » alla Costituzione « legale », formalmente intatta, bensì, ma ridotta — com'è stato detto di recente — ad essere una costituzione « di carta », conservata in un reliquario, mentre quella che realmente vige è una tutt'altra costituzione.

Fatta la parte che si conviene ai paradossi e alle esagerazioni polemiche, su un punto non sussistono dubbi: la minuziosa disciplina della relazione fiduciaria tra Parlamento e Governo, risultante dagli articoli della Costituzione, non ha avuto neppure un inizio di attuazione, il che, in termini consueti al costituzionalista, si esprime dicendo che non ha avuto « effettività ». Notoriamente, le crisi sono state extraparlamentari, le sorti dei Governi venendo decise entro i partiti e tra i partiti, al di fuori persino di un sostanziale concorso dei loro gruppi parlamentari. In tal modo, anche quelle poche garanzie che la Costituzione apprestava per assicurare la stabilità dei Governi sono state aggirate. Il sistema parlamen-

tare « razionalizzato », che i Padri della Costituzione intendevano instaurare, è stato — fin dal primo momento — governo dei partiti: « partitocrazia », come si è detto con accento spregiativo, ricomprendendovi le propaggini deteriori e gli aspetti meno edificanti (lottizzazione dei posti di sottogoverno, collusioni mafiose, corruzione, ecc.).

Una partitocrazia, peraltro, che si è andata ben presto rivelando intrinsecamente gracile: insidiata dal proliferare delle correnti in tutti i partiti all'infuori di uno solo; dalla loro incapacità di resistere alla pressione di interessi particolaristici e corporativi, che sarebbe loro compito, invece, mediare nella sintesi politica; costretta, da ultimo, a fare i conti con la concorrenza delle grandi organizzazioni sindacali, entrate ormai da protagoniste sulla scena politica. Mi si perdoni l'autocitazione, ma già nella primavera del 1966, in una relazione al I Congresso nazionale di dottrina dello Stato svoltosi presso l'Università di Trieste, potevo affermare (ma era, allora, opinione pressoché isolata) che: « Dopo aver per tanto tempo rivendicato, e giustamente, l'autonomia e la apoliticità del sindacato, sembra giunto adesso il momento di rivendicare con altrettanta fermezza l'autonomia dei partiti, e con essi del momento politico, nella direzione della vita associata [...]. Certo è che la linea di confine tra partiti ed altri movimenti e gruppi organizzati si va facendo ognor più sottile ed incerta: di tutti i criteri differenziali... ne rimane fermo, in fondo, uno solo, più formale che sostanziale, consistente nella partecipazione diretta, con la designazione delle candidature, alle competizioni elettorali [...]. *Gli altri* (che non si autoqualificano partiti) non presentano invece proprie liste né si costituiscono in gruppi assembleari; eppure incidono anch'essi sostanzialmente e talora in modo determinante, sulla scelta dei candidati, si inseriscono attraverso il giuoco delle preferenze nella campagna elettorale, premono in varie guise, ora scopertamente ora in forme occulte, sull'attività legislativa e sull'indirizzo del Governo ».

Oggi, dieci anni dopo o poco più, si è andati ben oltre e la confusione di ruoli tra i partiti e i sindacati è pervenuta ad un punto culminante. È questo uno degli aspetti più anormali dell'attuale situazione politico-costituzionale: i sindacati sono diventati interlocutori privilegiati dei Governi e del Parlamento, intervengono su qualsiasi argomento, condizionano arrogantemente le scelte politiche degli organi ai quali istituzionalmente spetterebbero e quelle

degli stessi partiti. Muovendo dalle Camere e dall'Esecutivo, il processo di dislocazione del potere è giunto ormai ad attribuirne la sostanza ad organismi che la Costituzione, in conformità alla tradizione storica e, direi, alla natura delle cose, nettamente distingue e differenzia dai partiti (anche nella topografia del testo, dove i sindacati sono previsti tra i « rapporti economici », mentre i partiti sono previsti tra i « rapporti politici », immediatamente dopo il diritto elettorale attivo e passivo). La partitocrazia può anche difendersi (prescindendo, beninteso, dai suoi eccessi e degenerazioni), rammentando che i partiti sono stati alle origini della Repubblica e della stessa Costituzione; che trovano in questa esplicito riconoscimento; che sono elemento essenziale di ogni sistema di tipo parlamentare; che bene o male incorrono in una responsabilità « diffusa », presentandosi ad ogni elezione al giudizio dei cittadini; dei quali, conseguentemente, è anche dato apprezzare la consistenza, conteggiando di volta in volta il numero di coloro che a ciascuno di essi ha dato il voto. Mentre nessuno di questi argomenti potrebbe estendersi ai sindacati, i quali, specie in quanto operatori politici, sono — in fatto e in diritto — assolutamente irresponsabili ed il cui grado di rappresentatività può valutarsi, presuntivamente, soltanto da indizi malcerti e indiretti.

La divergenza tra il sistema così come effettivamente funziona e il modello disegnatone in Costituzione si accentua con l'affermarsi, dopo le elezioni del 20 giugno 1976, di prassi scopertamente assembleariste: preparate dai nuovi regolamenti parlamentari del 1971 (segnatamente da quello della Camera) e precedute, in fatto, dal progressivo delinearsi, già in epoca anteriore e specie nel chiuso delle commissioni legislative in sede deliberante, della distinzione tra *maggioranza di governo* e *maggioranza legislativa*. Può anche darsi, come da taluni si ritiene, che nell'assemblearismo si esprima una sorta di « recupero » di potere da parte delle Camere, quanto meno per quel che riguarda l'esercizio della funzione legislativa (il rapporto tra partitocrazia e assemblearismo attende ancora di essere studiato a fondo). Ma non di questo solo si tratta, quanto anche e sopratutto del sempre più frequente conferimento ad organi parlamentari (di solito, commissioni bicamerali) di compiti che sarebbero di competenza del Governo, e talora, addirittura, della pubblica amministrazione: della tendenza, cioè, verso una sorta di « assemblearismo governante », che sicuramente è ben

lontano dal sistema di distinzione-collaborazione ed equilibrio tra potere legislativo e potere esecutivo accolto dalla Costituzione.

Sia chiaro: non è questo il luogo né il momento per pronunciare giudizi di costituzionalità o meno dei modi in cui, discostandosi dal figurino costituzionale, è venuto realizzandosi il circuito decisionale politico popolo-Parlamento-Governo. Ogni costituzionalista che si rispetti sa bene che avventare in materia giudizi di questa fatta può rivelarsi sterile esercitazione accademica: il diritto costituzionale, proprio e specialmente per quel che concerne il concreto atteggiarsi della forma di governo, ossia della dinamica delle relazioni tra i poteri, è terreno di elezione del formarsi di regole convenzionali e di correttezza, nonché di vere consuetudini interpretative, ma anche spesso introduttive ed abroganti ad onta di qualsiasi divieto legale, e perciò la più « rigida » delle costituzioni è pur sempre un organismo in movimento, che si va man mano modificando con il trasformarsi delle situazioni reali e dei rapporti tra le forze politiche.

Ci sono però dei limiti estremi di compatibilità, oltre i quali la non conformità della prassi rispetto alla Costituzione diventa vero e proprio contrasto e si entra nella fase di transizione da una vecchia a una nuova costituzione. Da molti segni parrebbe che questi limiti stiano per essere toccati. Ma se così fosse, si avrebbe il diritto di pretendere che si giochi a carte scoperte e che la transizione, se transizione ha da essere, avvenga alla luce del sole nelle forme della revisione costituzionale.

X.

LA NOSTRA COSTITUZIONE È POTENZIALMENTE SOCIALISTA?

Pubblicato nel *Bollettino della Scuola di perfezionamento in diritto sindacale e del lavoro* dell'Università di Trieste, n. 5, e nella *Rassegna di Cultura e vita scolastica*, n. 10, 1956.

È una domanda che ricorre spesso, sebbene più tra i « profani » che tra i giuristi, certamente; che, esplicitamente od implicitamente, sta al fondo di molte discussioni politiche di attualità. Una chiacchierata alla buona su questo interrogativo non è dunque fuori luogo, tanto per mettere un po' d'ordine alle idee e temperare gli eccessi facilonì di certe formule correnti.

La Costituzione della Repubblica non si limita, come altre volte ho osservato, a regolare la struttura dell'apparato statale e il rapporto fondamentale tra Stato e cittadini, tra governanti e governati, ma contiene altresì (ed è questa la novità di maggior rilievo, di fronte alle Costituzioni liberali ottocentesche; ed anche ciò che giustifica la domanda cui si cerca di rispondere) una serie di norme, rivolte a disciplinare rapporti tra privati, e tra privati e pubbliche autorità, ma ben oltre il piano tradizionale dei diritti pubblici subiettivi. Regola, insomma, o vuol regolare, insieme con la società politica, *la società civile*, con particolare, ma non esclusivo riguardo alla struttura economica. Così facendo, la Costituzione, specie attraverso le norme « programmatiche » (e tali sono, non tutte, ma in larga misura, quelle che hanno appunto ad oggetto siffatti ordini di problemi), ci dà una immagine anticipata di come la società civile italiana dovrebbe essere: o in altri termini, pone un *modello* da raggiungere. In questo senso, la Costituzione, essendo di tipo rigido e quindi sovraordinata rispetto alla legge ordinaria, rappresenta un limite a quella libertà di scelta dei fini dell'azione statale, che di regola caratterizza l'essenza della funzione di governo o di indirizzo politico, poiché, per una parte, questo risulterebbe già costituzionalmente determinato, prestabilito: sottratto, quindi, all'arbitrio delle stesse forze politiche in un dato momento prevalenti, ossia delle stesse maggioranze parlamentari.

Curiosa situazione, certo: per la quale, la maggioranza di ieri vincola le maggioranze di oggi e di domani, non tanto e non solamente a rispettare determinate regole già poste e compiute, ma *a fare qualche cosa*, a introdurre questa o quella riforma, a perseguire uno scopo anziché un altro... Ma ci sono le valvole di sicurezza, costituite dalla relativa modificabilità (con l'apposita procedura della revisione) del testo costituzionale: giuridicamente, cioè, il vincolo permane, sin-

ché permane la presunzione di un consenso generale sulle linee fondamentali del regime (del regime *da attuare*); può cessare col venir meno di tale presunzione (ecco perché la revisione costituzionale non può farsi con semplice voto di maggioranza, ma richiede o la maggioranza qualificata o l'intervento diretto del corpo elettorale in sede di *referendum*). Ché se poi si riflette a ciò che è sinora avvenuto in pratica, s'incontra un'altra valvola di sicurezza, per quanto, a rigore, censurabile come abusiva: le maggioranze di oggi, e di domani, possono, infatti, cavarsela con il puro e semplice *non fare*, opponendo, cioè, ai precetti « programmatici » della Costituzione, non comportamenti positivi contrastanti, i quali sarebbero allora soggetti, in quanto si traducano in leggi, al controllo della Corte costituzionale, ma la cosiddetta inerzia legislativa. Per la quale, come si sa, mancano, allo stato attuale dello sviluppo della tecnica costituzionale, sanzioni adeguate, potendo soltanto soccorrere, nell'ingranaggio del sistema, sanzioni indirette — che sono, in fin dei conti, di natura e portata politica.

Ma la Costituzione, a sua volta, è stata il frutto di un equilibrio, e talvolta di compromessi più o meno lealmente accettati, tra forze politiche e di classe diverse, ed anche opposte. Il *modello* che da essa può trarsi deve tener conto, perciò, di tutte le componenti, non di rado contraddittorie, che sono entrate a far parte integrante della formula politica del regime previsto come *il regime legale della Repubblica*. Guardando piuttosto alle disarmonie e alle contraddizioni, che non mancano, anziché alle concordanze e agli orientamenti unitari, che tuttavia sussistono, si è potuto in conseguenza sostenere — da parte di autorevoli studiosi — che, per quanto concerne la struttura sociale, nella Costituzione c'è tutto, e quindi niente; che da essa non sarebbe ricavabile una scelta determinata, e come tale vincolante, nei limiti e nel senso accennati, ma semplicemente una varietà di scelte possibili: tra le quali sarebbe compito delle forze politiche in atto (delle maggioranze di oggi e di domani) stabilire quella o quelle prevalenti. La scelta, insomma, non tanto sarebbe già stata fatta dal costituente, quanto sarebbe ancora *da fare*, salvo ad essere, per così dire, retroattivamente legittimata, qualunque essa sia, col richiamo a quella norma del testo costituzionale, assunta nell'una o nell'altra interpretazione possibile.

Non si saprebbe negare l'elemento di verità contenuto in simili concezioni, specie con rifermento al notevole margine di libertà, entro cui le forze politiche attuali debbono e possono operare, muoversi,

combattere. Ritenere, invece, che la Costituzione rappresenti una specie di soluzione *prefabbricata* di tutti i nostri problemi, sarebbe, senza dubbio, antistorico.

Ho sempre pensato, tuttavia, d'accordo con altri autorevoli studiosi, che, nelle grandi linee e per certi aspetti essenziali, una prima scelta risulti da un attento esame del testo costituzionale, da una interpretazione storico-sistematica delle sue varie parti e disposizioni: che *un certo regime*, in sostanza, e non un altro qualsiasi, sia stato effettivamente voluto e sia abbastanza chiaramente delineato nel testo della Costituzione.

Un regime, come suol dirsi, *misto*: né ad economia liberale capitalistica, né ad economia socialista, sebbene orientato in misura prevalente su motivi che chiamerei *socialistici*. No, in verità non mi sembra possibile sostenere che quella immagine anticipata della struttura sociale da realizzare, ricavabile dal testo costituzionale, sia di tipo socialista, in senso proprio. Naturalmente, molto dipende dalle parole: che cosa si vuole intendere, che cosa bisogna intendere, per socialismo? Non la finiremmo più, se ci mettessimo a ridiscutere questo punto. Contentiamoci allora di osservare che, se il minimo essenziale per aversi società socialista consiste nella abolizione della proprietà privata dei mezzi di produzione, e fors'anche nella pianificazione dell'economia, a ciò non si giungerebbe, neanche sviluppando sino in fondo i principî più avanzati della Costituzione. La quale non esclude la proprietà privata dei mezzi di produzione, in genere, ma di alcuni soltanto, anche se poi affievolisce la garanzia del diritto di proprietà, rinviandone la disciplina alla legge ordinaria e sottolineandone testualmente la « funzione sociale »; ammette la iniziativa economica privata, pur limitandola con riguardo alla « utilità sociale » e alla « sicurezza, libertà e dignità umana »; non prevede pianificazioni, ma solo « programmi » e « controlli » (che sono cosa diversa).

Certo, un regime simile conterrebbe numerosi elementi di carattere socialista, a cominciare da quel fine — comune alla dottrina socialista e alla nostra Costituzione — della piena liberazione dell'uomo, ossia della realizzazione di una effettiva libertà di ciascun individuo, considerato e protetto nella concretezza della sua situazione reale in seno alla società civile, che ne determina e condiziona praticamente la personalità. In questo ordine di idee, un ulteriore elemento, che riprende, in forme diverse, un motivo tradizionale del socialismo, può considerarsi il principio, cui indubbiamente la Costituzione è in-

formata, della abolizione del privilegio economico, oltre, e direi addirittura prima ancora, che come causa di diseguaglianza sociale, anche ed essenzialmente in quanto si traduce in privilegio politico, quindi in un limite interno al libero giuoco democratico e alla effettiva realizzazione di una libera convivenza politica.

Il regime previsto ed anticipato dal testo costituzionale si configura, perciò, come un regime di democrazia politica e sociale, nel quale molte istanze del socialismo potrebbero bensì essere accolte, sebbene parzialmente e comunque entro un duplice limite fondamentale: il rispetto del metodo democratico, saldamente ancorato sul principio enunciato dall'art. 1, per cui « la sovranità appartiene *al popolo* » — e non ad una classe o sia pure, più largamente, ai soli lavoratori. È vero che il medesimo art. 1 afferma altresì che la Repubblica è « fondata sul lavoro », ponendo in tal modo la premessa (sia pure, per la equivocità della dizione, alquanto generica) di una serie di istituti e principî più particolari e meglio determinati, volti a garantire anzitutto il lavoro subordinato e a combattere il privilegio: ma questa seconda, ulteriore determinazione strutturale del regime repubblicano non può non essere intesa in relazione, ed in armonia, con il principio-base, della *sovranità popolare*. Ciò che mi sembra confermato dal primo comma dell'art. 3 che sancisce l'eguaglianza dei cittadini, senza distinzione, tra l'altro, di « condizioni personali e sociali »: giacché, in una prima fase di sviluppo del sistema, questo principio vale ad escludere discriminazioni fondate sul privilegio e operanti, dunque, a vantaggio di coloro che detengono la ricchezza e a danno dei lavoratori (ed in tal senso, risulta integrato dal principio del secondo comma, che assegna alla Repubblica il compito di realizzare condizioni di fatto di effettiva eguaglianza e di pari libertà concreta per tutti); ma in una eventuale seconda fase, di avanzata attuazione dei principî « programmatici » costituzionali, varrebbe egualmente in senso inverso, ad escludere discriminazioni, fondate invece su altro titolo, magari opposto (che diventerebbero poi, a loro volta, anch'esse un « privilegio »). Insomma, quel che la Costituzione tende a escludere a me pare sia proprio un regime *di classe*, sia questa la borghesia capitalistica, sia il proletariato. Muovendo dal riconoscimento della interna divisione della società civile, dietro e sotto la facciata della democrazia politica, la Costituzione si propone, attraverso un programma di interventismo economico, di dar vita ad un sistema, nel quale lo Stato sia veramente espressione e strumento della collettività, e non di

gruppi particolari. Non ignorando che le istituzioni, anche tecnicamente più progredite, di democrazia politica possono essere intimamente alterate dal peso di interessi oligarchici, la Costituzione fa tuttavia credito a tali istituzioni e ai principî che le informano, cercando al tempo stesso di dar loro un nuovo contenuto e con ciò una maggiore concretezza.

XI.

DIRITTO AL LAVORO, DIRITTO DI SCIOPERO, LIBERTÀ DI ORGANIZZAZIONE SINDACALE: DIRITTI (FONDAMENTALI) CONCORRENTI

Conferenza letta il 2 settembre 1977, all'adunanza giuridica plenaria del « Foro europeo » di Alpbach, organizzato dal Collegio austriaco, sul tema « Conflitto di diritti fondamentali concorrenti ». Pubblicato in *Justitia*, 1977, n. 3.

I. Il diritto al lavoro in generale.

1. *Duplice accezione della locuzione « diritto al lavoro ».*

La locuzione « diritto al lavoro » può essere usata in due significati distinti e diversi, anche se tra loro connessi:

A) *Come libertà di lavorare*, secondo la propria scelta e le proprie capacità. Libertà giuridicamente protetta, e spesso anzi costituzionalmente protetta nei confronti di tutti i consociati, oltre che dei pubblici poteri, che può considerarsi presente in qualunque moderno ordinamento statale, così di tipo liberal-democratico come di tipo socialistico: potendo soltanto accadere che, in questa seconda ipotesi, la libertà *di scelta* incontri limiti che non si hanno, invece, o non si hanno in egual misura, nella prima ipotesi.

In questa prima accezione, il diritto al lavoro (*rectius*, dunque, libertà di lavoro) deve considerarsi un vero diritto di personalità (un *Grundrecht* nel senso che potrebbe dirsi « classico » della parola), se è vero, secondo la profonda intuizione dello Hegel, che il lavoro è « la mediazione tra l'uomo e il suo mondo ». Non altrettanto è a dirsi dei diritti di associazione sindacale, di sciopero e di serrata (ove quest'ultimo sia ammesso), che possono esserci come non esserci, a seconda delle circostanze, e sono comunque meramente strumentali, anche se e quando garantiti a livello costituzionale. Ed in questo senso ho ritenuto di correggere, nel titolo della mia esposizione, la formulazione del tema generale di questo nostro incontro, ponendo tra parentesi l'aggettivo « fondamentali ».

B) *Come diritto ad ottenere lavoro*, e dunque « pretesa » positiva nei confronti dei pubblici poteri o di altri soggetti: dove, peraltro, la parola « diritto » non sempre è usata in senso rigorosamente tecnico. Giacché dipende dal tipo di regime e dalla legislazione positiva dei vari Stati se una siffatta pretesa abbia un contenuto concretamente determinato, anche quanto al soggetto od ai soggetti obbligati a soddisfarla, e sia pertanto azionabile, assurgendo alla dignità di diritto soggettivo perfetto.

Negli ordinamenti *a economia mista*, come quello italiano, il diritto al lavoro, in questa seconda accezione, si configura piuttosto come un interesse costituzionalmente protetto, la norma dell'articolo 4, primo comma, della Costituzione, secondo cui « la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto », essendo palesemente « programmatica » (del tipo delle « *Versprechungsnormen* »).

Il che non vuol dire, naturalmente, che sia priva di valore giuridico: per un verso, infatti, una legge che si assuma ostacolare, anziché favorire, la piena occupazione potrebbe essere dichiarata costituzionalmente illegittima per contrasto — appunto — con il ricordato art. 4, primo comma; per altro verso, è sostenibile, ed è stato da tempo sostenuto in dottrina, che nel diritto al lavoro, nel senso in cui ora ne stiamo discorrendo, rientri il diritto alla conservazione del posto di lavoro, per coloro che l'occupazione abbiano in precedenza ottenuta (beninteso, entro i limiti consentiti dalle esigenze aziendali e, più largamente, dalla situazione generale economica del Paese). Diritto, perciò, in sostanza, a non essere licenziato senza un ragionevole motivo: quindi, divieto di licenziamenti arbitrari, con la conseguente erosione del potere di recesso *ad nutum* del datore di lavoro.

2. *Significato di « lavoro ».*

Conviene ora accennare brevemente alle difficoltà che s'incontrano nel definire il significato della parola « lavoro » nel contesto « diritto al lavoro ». E poiché tale contesto è suscettibile, come ricordato, di esprimere due principî distinti e diversi (libertà di lavoro e pretesa ad ottenere lavoro), ecco che anche la parola « lavoro » può assumere, ed effettivamente assume, senso diverso nell'una e nell'altra ipotesi (prescindendo in questa sede dalle ulteriori e più specifiche accezioni che essa può acquistare, nei diversi sistemi di diritto positivo, come avviene ad es. nella Costituzione italiana, attraverso una estesa gamma di sfumature, che variano a seconda degli istituti e quindi dei relativi contesti verbali).

Nel contesto di cui sopra alla lett. *A*) (libertà di lavoro), il significato di « lavoro » è quello del linguaggio comune, o quanto meno vi si accosta di molto. In un vecchio, ma ancor valido, dizionario filo-

sofico (1) trovo questa definizione: « ogni attività legata ad uno sforzo e diretta ad uno scopo utile, oggettivo o soggettivo ». Nella quale è da rilevare che il requisito dell'« utilità » dello scopo non è circoscritto necessariamente ad una utilità *sociale*, ma si estende ad esprimere la idoneità dello sforzo ad appagare un bisogno qualsiasi, pur se meramente individuale: anche il pittore della domenica, anche colui che si dedica per *hobby* al giardinaggio, dovrebbe dirsi, dunque, in questo senso, che *lavorano*, esercitando una libertà costituzionalmente garantita.

Mi chiedo se un tale concetto larghissimo di « lavoro » corrisponda, o fino a qual punto coincida con quello (forse) ricavabile *de jure condito* dall'art. 4 della Costituzione italiana, del quale ho ricordato poc'anzi il primo comma, là dove, nel successivo secondo comma, afferma *il dovere di lavorare*, e precisamente di « svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale dell'umanità ». E la risposta mi pare dover essere tendenzialmente affermativa, nel senso, quanto meno, che la libertà di lavoro, estrinsecazione immediata della persona umana, si estende ben al di là dell'area dei rapporti economici, comprendendo anche l'esplicazione di attività che non hanno un valore in termini strettamente economicistici (attività, come suol dirsi, *disinteressate*) (2).

(1) RENZOLI C., *Dizionario di scienze filosofiche*, Milano[6] 1963, voce « Lavoro ».

(2) Sono, tuttavia, da prospettarsi due possibili obiezioni. E cioè, anzitutto, che il secondo comma dell'art. 4, statuendo il principio del dovere di svolgere « un'attività o funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società », senza peraltro usare la parola « lavoro », abbia un riferimento più vasto del pur largo concetto di lavoro nel contesto « diritto (libertà) di lavoro ». In secondo luogo, che anche quest'ultimo concetto dovrebbe subire qualche restrizione, rispetto a quello che significa secondo il senso comune, riflettendo che, sotto il profilo giuridico, il lavoro oggetto di uno specifico diritto di libertà implica un elemento di professionalità, anche se in senso lato ed atecnico, restandone fuori le svariatissime attività esplicabili per mero diletto o per passatempo o per appagare un'esigenza culturale o di studio strettamente personale: le quali, pur essendo suscettibili di rivelarsi, talora, ben più importanti (anche ai fini del progresso spirituale o materiale della società) di quelle svolte professionalmente (come ci attesta la storia delle arti e del pensiero), quando non siano semplice esercizio di facoltà ricomprese nella sfera del lecito giuridicamente indifferenziato, potranno trovare diretta tutela in altri e diversi principî, come ad esempio nel primo comma dell'art. 33 della Costituzione italiana, che afferma la libertà dell'arte e della scienza.

Maggiore importanza pratica riveste, ai nostri fini, il quesito se anche l'impresa rientri in questa latissima accezione di « lavoro ». In linea di teoria astratta, dovrebbe concludersi che quello dell'imprenditore è anch'esso un lavoro e che pertanto la libertà d'impresa è inclusa nella libertà di lavoro e quindi garantita con questa ed al pari di questa. Sul terreno, invece, del diritto positivo, le conclusioni possono variare con il variare degli ordinamenti. Nella Costituzione italiana, ad esempio, la libertà dell'iniziativa economica privata è prevista, garantita e regolata a parte, nell'art. 41, che ne enuncia anche i limiti; ed è quindi a questa disposizione del testo costituzionale, e non all'art. 4, che deve rifarsi l'interprete quando è chiamato ad affrontare problemi inerenti al diritto d'impresa.

Più ristretto il significato di « lavoro » nel contesto di cui sopra alla lett. *B*) (pretesa ad ottenere lavoro). Qui, « lavoro » vuol dire occupazione retribuita, fonte di sostentamento: l'interesse ad avere lavoro e a non perdere il posto di lavoro già ottenuto è, infatti, logicamente e storicamente, interesse ad una occupazione remunerata (e, possibilmente, stabile).

È dubbio, peraltro, e se ne è discusso nella dottrina, se il significato di « lavoro » debba restringersi ulteriormente, in questo secondo contesto, limitandosi al lavoro subordinato, pubblico o privato che sia, od abbia invece riferimento anche al lavoro autonomo, alle professioni cosiddette liberali, addirittura al lavoro imprenditoriale (ove quest'ultimo possa ritenersi compreso nel concetto di lavoro, secondo i rilievi poc'anzi accennati).

Mi limito a porre il problema, che riveste un certo interesse teorico; non senza soggiungere che, sul terreno pratico, almeno per quanto concerne l'esperienza italiana, questioni di legittimità costituzionale di norme che si assumevano indebitamente limitatrici dell'accesso a forme di lavoro autonomo, professionale, ecc., sono state sollevate, per asserita violazione del principio del diritto al lavoro, senza troppo badare a distinguere tra libertà di lavoro e pretesa ad una occupazione. Il che, per una parte, si spiega per la circostanza che, nella Costituzione italiana, l'opinione prevalente (ma non incontrastata) suole ricavare l'uno e l'altro diritto dal primo comma dell'articolo 4; ma soprattutto, a mio avviso, si giustifica logicamente riflettendo sulla interdipendenza che, sotto l'aspetto ora in esame, ricollega tra loro il diritto al lavoro come libertà al diritto al lavoro come pretesa positiva. È chiaro, infatti, che, almeno e certamente negli ordinamenti a regime misto, ogni ostacolo o limitazione alla liber-

tà di lavoro si traduce automaticamente in ostacolo al soddisfacimento della pretesa ad ottenere lavoro; mentre in un sistema socialista la garanzia dell'occupazione può realizzarsi anche a detrimento della libertà di scelta del lavoro.

Così stando le cose, mi permetto rinviare sul punto alle succinte osservazioni che farò tra un momento in tema di limiti alla libertà del lavoro.

3. *Libertà di lavoro e prestazioni lavorative imposte.*

L'interrogativo che si pone preliminarmente è se nella libertà di lavoro, come diritto costituzionalmente garantito, sia compresa anche la cosiddetta libertà *negativa* (la libertà, cioè, di astenersi da ogni attività suscettibile di essere considerata lavoro). Per chi ritiene che il contenuto del diritto soggettivo, od almeno dei diritti di libertà, si risolva nell'*agere licere*, la risposta non dovrebbe essere dubbia: libertà di lavoro, dunque, ed altresì libertà di non lavorare. Ma è sempre pericoloso muovere, nella impostazione di siffatti problemi, da premesse teoriche troppo generali, che possono essere opinabili; ed è superfluo rammentare che la concezione del diritto soggettivo come *agere licere* incontra molte e svariate obiezioni sul terreno della teoria generale.

Scendendo, più modestamente ma forse più concretamente, sul piano degli ordinamenti giuridici positivi, soggiungerei che là dove, come nell'ordinamento italiano, risulta costituzionalmente affermato, sia pure nei termini molto generici che ho sopra riferito, un dovere di lavorare e perciò quello che autorevoli scrittori ebbero a definire come una specie di « bando agli oziosi », dovrebbe conseguentemente escludersi che la garanzia della libertà di lavoro si estenda anche alla libertà negativa, al non lavorare, cioè, nella latissima accezione che il lavorare assume appunto nell'art. 4 della Costituzione (3): ferma restando comunque *la libertà di scelta* dell'occupazione che, nella più restrittiva delle ipotesi interpretative, è certamente enunciata nella disposizione costituzionale testé richiamata (come pure, per citare una costituzione quasi coeva e sotto molti aspetti

(3) Ma le conclusioni potrebbero mutare ritenendo, invece, alla stregua dei rilievi accennati nella nota precedente, che la libertà di lavoro abbia una estensione minore dell'ambito di attività il cui svolgimento è sufficiente all'adempimento del generico dovere di cui al secondo comma dell'art. 4.

analoga, nell'art. 12 del *Grundgesetz* della Repubblica federale tedesca).

Libertà di lavoro e di scelta del lavoro possono tuttavia subire particolari deroghe, quando, per la tutela di interessi generali, la legge consenta l'imposizione di particolari limiti ed anche di particolari obblighi positivi.

Così, *limiti negativi* risultano dalle norme che richiedono, per l'esercizio di determinate attività, speciali requisiti di capacità tecnica, di esperienza o di moralità e connesse autorizzazioni, iscrizioni e via dicendo. In questo senso è orientata, in Italia, la giurisprudenza della Corte costituzionale, ed analogamente, in Germania, quella del *Bundesverfassungsgericht*, che per giungere a tale risultato, ha dovuto forzare alquanto la lettera dell'art. 12, estendendo la « riserva di legge » ivi stabilita per la regolazione *dell'esercizio* delle professioni al momento iniziale dell'accesso alle medesime, che si confonde in pratica con quello della scelta.

Quanto agli *obblighi positivi* aventi ad oggetto determinate prestazioni di lavoro, espressamente vietati in linea di principio (ma solo in linea di principio, prevedendosi contestualmente l'eccezione) dall'art. 12 del *GG* di Bonn e che, in Italia, potrebbero trovare un fondamento nella riserva di legge posta dall'art. 23 della Costituzione per l'imposizione di « prestazioni *personali* », oltre che « patrimoniali », anch'essi sogliono in generale essere ammessi dalla dottrina e dalla giurisprudenza, subordinatamente però a certe condizioni. Così la Corte costituzionale italiana ha talora precisato che deve trattarsi di prestazioni puntuali e delimitate, che non alterino lo *status* professionale dei soggetti cui sono richieste né impediscano lo svolgimento della loro normale e libera attività e che si giustifichino con esigenze di interesse generale.

Risalendo ai principî sottostanti a questa giurisprudenza e sulla scorta anche della elaborazione della dottrina tedesca, in sede di interpretazione del cit. art. 12 *GG* e dell'art. 12*a*, ammissibili dovrebbero dirsi forme di precettazione generale per far fronte a gravi calamità pubbliche; ammissibili prestazioni occasionali di servizi personali in caso di incendi, rottura di argini e simili. Ammissibile un servizio del lavoro obbligatorio sostitutivo del servizio militare di leva, imposto agli obiettori di coscienza.

Ma che dire della imposizione di un servizio del lavoro da prestarsi da tutti i cittadini, al di fuori dei casi di necessità, per periodi di tempo predeterminati? Mi limito a porre l'interrogativo, che esu-

la dal tema di questo incontro, non senza aggiungere che, probabilmente, la risposta potrebbe variare a seconda dei diversi ordinamenti: quello tedesco, ad esempio, con l'esplicito divieto, già rammentato, e quello italiano, con la generica previsione, invece, anch'essa ricordata, di prestazioni personali imposte (e che non potrebb'essere letta come avente esclusivo riferimento al servizio militare, che è previsto a parte, in altra disposizione del testo costituzionale) consentirebbero forse, sul punto, conclusioni opposte.

II. Diritto al lavoro e libertà dell'organizzazione sindacale

1. *Osservazioni preliminari.*

Prima di procedere ad un rapido esame dei principali problemi cui può dar luogo il concorso del diritto al lavoro e delle libertà sindacali, ritengo opportune alcune avvertenze in merito ai criteri adottati nell'esposizione che segue.

Il primo termine del rapporto, e cioè il diritto al lavoro, sarà preso in considerazione prevalentemente *come libertà* (di scelta dell'occupazione lavorativa, di esplicazione della medesima), senza tuttavia dimenticare quanto osservato in precedenza — I, n. 2 — vale a dire che le possibili interferenze nell'esercizio della libertà di lavoro implicano — di regola — altrettante interferenze anche nel diritto al lavoro, quale pretesa positiva ad ottenere e conservare una occupazione.

È appena il caso di soggiungere in proposito che la libertà di lavoro non cessa di essere tale per il fatto che, in determinati ordinamenti, sia stabilito un dovere di lavorare; ed egualmente dicasi, più in generale, con riferimento ai rapporti di lavoro subordinato, regolarmente costituiti, abbiano essi la loro fonte nel contratto od in atti unilaterali dell'autorità (come nel pubblico impiego): dove la prestazione dell'attività lavorativa, che, nei confronti della controparte, rappresenta esecuzione di un obbligo, non per questo cessa di atteggiarsi verso i terzi come esercizio di una libertà (e ciò a prescindere dall'ulteriore problema, se, anche nei confronti del datore di lavoro, il prestatore abbia — sempre od in particolari ipotesi — un diritto allo svolgimento delle sue mansioni).

Quanto al secondo termine del rapporto, cioè la libertà dell'organizzazione sindacale, è noto come di quest'ultima possa darsi una nozione latissima, comprensiva, oltre che del diritto di associarsi in sindacati e dei poteri di autoorganizzazione dei sindacati medesimi, anche dei mezzi con cui essi agiscono per il conseguimento dei loro fini (i « mezzi di azione sindacale », come si suol dire: se non di tutti, almeno di quelli che, tradizionalmente, ne sono le forme tipiche, sciopero e serrata).

Una tale impostazione sarebbe in armonia con quella generalmente accolta nella Repubblica federale tedesca, sulla base dell'art. 9, III, del *Grundgesetz*, traendosene la conseguenza della pari garanzia dei diritti, simmetricamente contrapposti, di sciopero e di serrata, e potrebbe essere altresì confortata da alcune convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro. Anche in Italia, dove pure, a differenza che in Germania, la Costituzione prevede separatamente in due distinte disposizioni, immediatamente successive (gli artt. 39 e 40), l'organizzazione sindacale e il diritto di sciopero (senza menzionare la serrata), una famosa (e molto criticata) sentenza della Corte costituzionale (la dec. n. 29 del 1960) ebbe a farvi riferimento in motivazione, e proprio in tema di serrata.

Ma poiché vi sono, dunque, ordinamenti (come appunto quello italiano che ho appena ricordato, o come quello francese, alla stregua del Preambolo della Costituzione del 1946, integralmente richiamato dalla Costituzione del 1958), nei quali i dati positivi non coincidono, almeno testualmente, con quella impostazione, espressamente enunciando — distintamente l'una dall'altro — la libertà sindacale e il diritto di sciopero (e non anche quello di serrata), ho preferito attenermi ad un significato più circoscritto e restrittivo della locuzione « organizzazione sindacale », lasciandone fuori sciopero e serrata e così suddividendo il tema generale in tre sottotemi più specifici: libertà sindacale; libertà di sciopero; libertà di serrata (considerate sempre in rapporto con la libertà di lavoro).

2. *Diritto al lavoro e libertà sindacale (in senso stretto).*

Lo strumento associativo, sorto storicamente in funzione di tutela degli interessi professionali dei lavoratori (e, in un secondo momento, dei datori di lavoro) è — in radice — espressione di libertà. Libertà positiva e negativa; libertà di costituire associazioni sindacali, di aderirvi o meno, e di recederne. Libertà ormai generalmente

riconosciuta in tutti gli ordinamenti moderni, ed in molti tra questi costituzionalmente garantita.

E tuttavia, nell'esperienza contemporanea, che vede in azione organizzazioni sindacali di grandi dimensioni, svolgenti spesso un ruolo anche politicamente decisivo nella vita pubblica, la libertà di lavoro e l'autonomia individuale del singolo lavoratore possono risultare menomate od entrare in grave pericolo per effetto di un illimitato esercizio dei poteri di fatto detenuti dai sindacati.

Sono certamente menomate, là dove nella contrattazione collettiva vige la prassi delle cosiddette « clausole di sicurezza sindacale » (quali la « *closed shop* » e la « *union shop* », in Gran Bretagna e, sino al 1958, negli Stati Uniti, per fare gli esempî più noti). Ma anche quando le clausole contrattuali, pur rispettando formalmente la libertà di associazione dei prestatori d'opera, impongono tuttavia ad essi (come può accadere in Gran Bretagna) di versare contributi ai sindacati presenti nell'impresa in cui lavorano, sussiste lesione della loro autonomia e persino, al limite, della loro libertà di opinione politica, in ragione dei rapporti anche finanziari ivi esistenti tra sindacati e determinati partiti politici. Il lavoratore, infatti, per essere assunto al lavoro e per poter mantenere il suo posto, è costretto, in linea di fatto, a concorrere di tasca propria all'affermazione di programmi e indirizzi politici, oltre che di azione sindacale, che possono essere estranei alle sue personali inclinazioni ed ai suoi convincimenti.

Nemmeno espliciti divieti legali di clausole del genere sono sempre sufficienti a salvaguardare nella sua interezza la libertà e l'autonomia individuale dei lavoratori, potendo queste essere minacciate — in fatto — attraverso un uso distorto di normative di legge e di clausole contrattuali, che pur sarebbero istituzionalmente rivolte a loro tutela.

Penso a certe tendenze che vanno profilandosi in Italia, in sede di applicazione anche giurisprudenziale del c.d. « Statuto dei lavoratori » (legge 20 maggio 1970, n. 300), che, tuttavia, nel suo art. 15 vieta recisamente di subordinare l'assunzione e lo svolgimento del rapporto di lavoro alla iscrizione o meno del prestatore d'opera ad una associazione sindacale.

Non che tale principio sia disconosciuto o trasgredito; ma certo è che lo stesso « Statuto », riservando poi l'esercizio di determinate facoltà e poteri che largamente incidono sulla comunità aziendale, ed in particolare circoscrivendo la formazione delle rappresentanze aziendali, alle associazioni sindacali aderenti alle grandi organizza-

zioni « maggiormente rappresentative » su piano nazionale (senza tra l'altro, che la sussistenza di siffatto requisito sia accertabile con criteri oggettivi), con la sola eccezione di quelle che siano firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, finisce indirettamente per incentivare l'iscrizione alle prime, con il risultato di privilegiare determinate organizzazioni sindacali a scapito di altre, cristallizzando i rapporti di forza attualmente esistenti.

Numerose questioni di legittimità costituzionale sono state, infatti, sollevate al riguardo, ma sono state respinte dalla Corte costituzionale (sent. n. 54 del 1974), con motivazioni non sempre convincenti. Deve peraltro soggiungersi che, sul piano della pratica opportunità, la Corte è stata indotta a così decidere anche dalla preoccupazione, tutt'altro che irrilevante, dei pericoli insiti in una eccessiva frantumazione sindacale, con il connesso prevalere di spinte corporative e di interessi settoriali particolaristici. È, insomma, in omaggio a esigenze di razionalizzazione e di responsabilizzazione che si è ritenuto giusto accettare alcune limitazioni derivanti, se non *de jure*, in fatto, dal trattamento di favore disposto nei confronti delle grandi centrali sindacali.

Più grave, forse, la compressione dell'autonomia individuale delle parti del rapporto di lavoro che può derivare, specie di fronte a certe latissime interpretazioni di una parte della giurisprudenza, da un'altra disposizione dello « Statuto », l'art. 28, legittimante all'azione, diretta ad ottenere provvedimenti urgenti per reprimere la « condotta antisindacale » dell'imprenditore, i soli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali, anziché i singoli lavoratori che ne siano rimasti vittime o le altre associazioni sindacali o le rappresentanze aziendali. Con il che praticamente, alle associazioni nazionali è conferito il monopolio della tutela (sia pure, limitatamente allo specialissimo procedimento regolato dall'art. 28 e sul quale non è ora il caso di intrattenersi) delle libertà sindacali e della stessa libertà di sciopero dei singoli lavoratori o di gruppi di lavoratori o di altre diverse associazioni sindacali.

Segnalo, infine, la sempre più penetrante ingerenza delle rappresentanze sindacali aziendali nelle assunzioni e nelle successive vicende del rapporto di lavoro, che si registrano nel settore delle imprese giornalistiche e di stampa, fino a subordinare la nomina dei direttori di giornali o il mutamento di mansioni ed i trasferimenti di personale all'interno dell'azienda al « gradimento » sindacale: ri-

sultandone violato ad un tempo il diritto al lavoro e la libertà di impresa.

3. *Diritto al lavoro e libertà di sciopero.*

Il diritto di sciopero si presenta, ad una attenta analisi, sotto due aspetti diversi. Come diritto — nell'ambito del rapporto di lavoro — spettante ad ogni singolo prestatore d'opera nei confronti della controparte di sospendere, unilateralmente, a seguito ed in esecuzione dell'intervenuta proclamazione dello sciopero, l'efficacia del contratto di lavoro: che poi, chiusasi la vertenza, riprenderà il suo corso senza interruzione. Un diritto « potestativo », dunque, o, secondo altra terminologia, un « potere » giuridico individuale, di natura sostanzialmente privatistica. Sotto il secondo aspetto, il diritto di sciopero si configura come una « libertà » giuridica, così nei confronti dei pubblici poteri come di ogni altro soggetto, libertà che può in ipotesi andare disgiunta da quel diritto potestativo cui si è ora accennato: ben potendo immaginarsi un ordinamento nel quale lo sciopero sia libero (non costituisca reato, non possa essere impedito, ecc.), ma concreti egualmente un illecito contrattuale.

È appena il caso di aggiungere che, in questa sede, a noi interessa lo sciopero-libertà, o se si preferisce il diritto (libertà) di sciopero.

Teoricamente parlando, l'esercizio di tale libertà, quando lo sciopero sia inteso nella sua configurazione propria e tradizionale di *astensione collettiva (e concertata) dal lavoro*, non incide — di per sé — sul diritto al lavoro.

Deve ritenersi, infatti, che nel diritto (libertà) di sciopero sia inclusa la libertà negativa, ossia il diritto di non aderire allo sciopero e non parteciparvi. Il che potrà semmai determinare delle conseguenze sfavorevoli per i dissenzienti all'interno del sindacato che lo sciopero abbia proclamato, per avere essi violato la disciplina dell'organizzazione e le sue regole di condotta; ma tali conseguenze saranno irrilevanti nell'ordinamento generale dello Stato, che, riconoscendo la libertà di astenersi dal lavoro, riconosce al tempo stesso quella di seguitare a lavorare. A identico risultato si perviene muovendo dalla tutela della libertà di lavoro, e ravvisandovi un limite esterno al diritto di sciopero: in questo senso, una sentenza della Corte costituzionale italiana (n. 31 del 1966) ha giustamente affermato che « la libertà di sciopero, per rimanere nell'ambito corrispondente al suo oggetto, di libertà di non fare, deve svolgersi in modo da non ledere

altre libertà costituzionalmente garantite com'è quella consentita a quanti non aderiscono allo sciopero di continuare nel loro lavoro ».

Nel medesimo ordine di idee, deve peraltro soggiungersi che la coesistenza pacifica, se così può dirsi, del diritto al lavoro e del diritto (libertà) di sciopero esige qualcosa di più, e precisamente che rimanga intatta la facoltà dell'imprenditore di sostituire i lavoratori scioperanti con altri o già alle sue dipendenze o di nuova assunzione e perciò, invertendo l'angolo visuale, che sia garantita in entrambe le dette ipotesi, anche sotto questo aspetto, la libertà di chi vuol prestare la propria attività lavorativa (libertà, cioè, del c.d. « crumiraggio »).

Senonché, a parte il facile rilievo che una tale garanzia dovrebb'essere effettiva, e non soltanto astrattamente possibile, attualmente, in Italia, la tendenza prevalente, in dottrina e in giurisprudenza, è orientata in senso opposto, fino a qualificare come « condotta antisindacale », a termini del sopra rammentato art. 28 dello « Statuto dei lavoratori », l'assunzione di personale nel corso di uno sciopero. Talvolta, specie nella giurisprudenza, si distingue tra l'una e l'altra delle due ipotesi testé accennate, ammettendosi la sostituzione degli scioperanti con personale interno, e considerando per contro illegittima la sostituzione con personale estraneo, di nuova assunzione. Distinzione, peraltro, irrazionale, anche a volersi attenere alla impostazione da cui muovono questa dottrina e questa giurisprudenza, che si riassume nella prevalenza accordata al momento collettivo dell'azione sindacale sull'autonomia individuale e sulla stessa libertà del lavoro: nell'un caso come nell'altro, infatti, il datore di lavoro pone in essere una contromisura, suscettibile di neutralizzare l'azione sindacale o quanto meno di indebolirla.

Ma, a prescindere da ciò, l'errore di fondo consiste nel ritenere che, potendo il « crumiraggio » rappresentare una remora alla adesione dei lavoratori allo sciopero e frustrarne in tutto o in parte l'efficacia, esso si porrebbe perciò in contraddizione con la garanzia costituzionale dello sciopero. Giacché l'ordinamento garantisce bensì la libertà di ricorrere a quella vera e propria « ragion fattasi » in cui si risolve, praticamente e concettualmente, lo sciopero, ma non garantisce anche il raggiungimento degli scopi che l'agitazione si propone, condizionato qual'esso è, invece (come nella guerra ed in ogni specie di lotta) dai rapporti di forza, ai quali dev'essere lasciato libero giuoco e piena libertà di esplicazione.

Certo è, comunque, che gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali ai quali accennavo e che si sono ora sommariamente criticati

nel loro nucleo essenziale, portano alla prevalenza del diritto di sciopero rispetto al diritto al lavoro (a tacere della libertà di impresa) e fanno quindi venir meno quella compatibilità tra l'uno e l'altro diritto, che dovrebb'essere la regola.

Il conflitto con la libertà di lavoro si delinea altresì quando si passa a considerare certe forme anomale di sciopero, largamente invalse, in molti paesi, nella odierna prassi sindacale. Se gli scioperanti permangono nell'interno dell'azienda o dell'ufficio (magari sedendo in « assemblea permanente », come ora è d'uso); se lo sciopero si effettua in modo « articolato » (sciopero « a singhiozzo », sciopero « a scacchiera »), la prestazione lavorativa da parte dei non aderenti viene resa impossibile (o quanto meno, praticamente inutile).

Il problema che allora si pone è se queste ed altrettali forme di sciopero siano ricomprese nella garanzia costituzionale, dovendosi tener presente al riguardo che, di solito, nei testi costituzionali non si definisce in che cosa lo sciopero consiste, rimettendosene in ultima analisi la determinazione all'interprete (e cioè, in pratica, ai giudici). E l'interprete può anche essere indotto a ritenere che, con l'enunciare puramente e semplicemente il diritto (libertà) di sciopero, i testi costituzionali operino un tacito *rinvio* alla fenomenologia sociale, riferendosi a tutte quelle forme di azione sindacale che vengono comunemente chiamate « sciopero » (anche se con qualche aggettivazione o specificazione particolare) e alle quali — in fatto — i lavoratori e le loro organizzazioni ricorrono sempre più frequentemente nell'esperienza reale.

Per fare un esempio estremo, ricorderò che, anni addietro, in Italia, fu in voga denominare « sciopero a rovescio » l'occupazione di terre incolte per lavorarle, parificandosi così paradossalmente l'astensione unilaterale dal lavoro al fatto di lavorare *invito domino*. Ancora in Italia ed in epoca recentissima, la Corte costituzionale è stata chiamata a giudicare se non fosse incostituzionale (per contrasto, tra l'altro, con l'art. 40 della Costituzione, che riconosce il diritto di sciopero) la norma del codice penale che punisce come reato l'occupazione di azienda compiuta con l'intento (dolo specifico) di impedire o turbare il regolare svolgimento del lavoro. Giustamente la questione è stata dichiarata non fondata (sent. n. 220 del 1975), avendo la Corte ritenuto, al contrario, che il legislatore è vincolato a non considerare irrilevanti (e può quindi reprimere) i comportamenti « che, quando non siano espressione di un diritto costituzionalmente garantito qual'è lo sciopero — e contenuti, è ovvio, nell'am-

bito strettamente necessario all'esercizio del diritto medesimo — impediscano o turbino il normale svolgimento del lavoro (...). Nel che è agevole cogliere (soggiunge la motivazione) la tutela dell'ulteriore interesse, di grande rilievo costituzionale, inerente alla libertà del lavoro ».

Mi sembra che da questa decisione possa trarsi spunto per rettificare l'impostazione del problema. Ammesso pure che, non definendo lo sciopero, le costituzioni che lo prevedono facciano rinvio all'esperienza reale, non per questo qualsiasi forma di azione sindacale rientrerebbe nella garanzia del relativo diritto, anche se non si concreti in una astensione collettiva dal lavoro, sol perché denominata sciopero nella prassi. A ritenere altrimenti, si perverrebbe alla aberrante conclusione di sacrificare un diritto fondamentale, qual'è il diritto al lavoro (cui anzi, in una visione gerarchica dei valori costituzionali, dovrebbe riconoscersi una posizione preminente, in quanto espressione della personalità umana), all'esercizio di un diritto, il cui ambito ed oggetto sarebbero in buona sostanza arbitrariamente definiti dai suoi stessi titolari.

Sempre muovendo dalla premessa di un rinvio dei testi costituzionali alla fenomenologia sociale, sarebbe altresì da mettere seriamente in dubbio che rientrino tuttavia nella garanzia costituzionale dello sciopero forme di astensione collettiva che, *per le preordinate modalità di attuazione*, oltrepassino lo « sbarramento » rappresentato da altri diritti costituzionalmente tutelati, a cominciare, per quanto ora interessa, dal diritto al lavoro. Attraverso quelle forme anomale di sciopero che abbiamo poc'anzi ricordato, infatti, può accadere, al limite, che una minoranza di scioperanti riesca ad impedire (sia pure temporaneamente) ad una maggioranza di dissenzienti dipendenti dalla stessa impresa di esercitare la loro libertà di lavorare.

Potrebbe, bensì, obiettarsi che una tale limitazione della libertà di lavoro sarebbe semplice ed inevitabile conseguenza indiretta, scaturente — in fatto — dallo sciopero, non qualitativamente diversa dalla situazione che potrebbe verificarsi in determinati settori produttivi, la cui attività restasse paralizzata da scioperi in corso nell'ambito di altri settori, con quelli necessariamente collegati. Ma sarebbe lecito replicare che, nell'ipotesi degli scioperi articolati dei dipendenti da una stessa impresa, l'impossibilità di proseguire il lavoro da parte dei dissenzienti inerisce alle stesse modalità dello sciopero ed è quindi parte integerante del disegno organizzativo dei suoi promotori.

4. *Diritto al lavoro e serrata.*

A prima vista, può sembrare che con il diritto al lavoro confligga necessariamente la serrata (della quale assumo la comune nozione di sospensione dell'attività di una o più imprese accompagnata dalla sospensione della retribuzione, per motivi sindacali od aziendali), a differenza dallo sciopero, che soltanto in determinate ipotesi, per le sue modalità o per certe implicazioni (non necessarie) che se ne traggono (come il divieto di crumiraggio), può con quello interferire. Se questa prima impressione fosse esatta, il silenzio di molte costituzioni, che riconoscono il diritto di sciopero e la libertà dell'organizzazione sindacale, in tema di serrata sarebbe anche interpretabile come esclusione e disconoscimento del relativo diritto, in quanto di per sé incompatibile con il diritto al lavoro.

Ma le cose non stanno precisamente in questi termini. Da un lato, infatti, il problema dell'ammissibilità di un diritto di serrata viene di solito discusso nella dottrina senza alcun riferimento ad una situazione di conflitto in cui questo necessariamente si porrebbe con il diritto al lavoro. Ché, anzi, non di rado, alla libertà di lavoro ci si richiama proprio per affermarne l'ammissibilità, sostenendosi che la libertà d'impresa rientra nella libertà di lavoro (dell'imprenditore, appunto), garantita così nel suo momento positivo come in quello negativo. Il più spesso, inoltre, l'omessa previsione della serrata in testi costituzionali, che garantiscono, per contro, lo sciopero, viene interpretata come esclusione di un diritto di serrata ma nel senso di diritto potestativo o potere giuridico dell'imprenditore nell'ambito del rapporto di lavoro (simmetricamente corrispondente al diritto potestativo di sciopero), e non anche come disconoscimento della *libertà* di serrata (sotto questo aspetto, corrispondente a quella di sciopero). Si ritiene, cioè, in altri termini, che, a differenza dello sciopero, quando sia riconosciuto come diritto, la serrata costituisce un illecito contrattuale ed obbliga pertanto il datore di lavoro al risarcimento dei danni (ovvero, secondo un'altra corrente dottrinale, alla corresponsione della retribuzione), pur configurandosi, nei confronti dei pubblici poteri e di ogni altro soggetto, come libertà giuridica, dubitandosi poi, alla stregua dei diversi ordinamenti positivi, se garantita a livello costituzionale o soltanto di legislazione ordinaria.

D'altro lato, è da osservare che nell'ipotesi della serrata, la prestazione dell'attività lavorativa viene bensì resa temporaneamente impossibile, ma per volontà dello stesso creditore e non per fatto di

altri soggetti, come può verificarsi nel caso dello sciopero (o di certe forme di sciopero): giacché è lo stesso imprenditore che esonera i lavoratori alle sue dipendenze dall'esecuzione dell'obbligo pattuito nei suoi confronti.

Né le conclusioni muterebbero nella sostanza, aderendo a certe tendenze che, almeno in Italia, cominciano a farsi strada in dottrina e stando alle quali sul datore di lavoro incomberebbe l'obbligo di collaborare alla prestazione lavorativa (onde la serrata concreterebbe *mora accipiendi*, oltre che *mora solvendi*), come quasi certamente accade in taluni rapporti di lavoro speciali (quali il lavoro artistico, giornalistico, il lavoro in prova, l'apprendistato). Giacché, anche se queste concezioni fossero fondate in linea generale, la serrata violerebbe uno specifico diritto del lavoratore, a lui derivante dal contratto nei confronti dell'imprenditore (il diritto, cioè, ad eseguire la prestazione pattuita), ma non anche, a propriamente parlare, la sua libertà di lavoro.

Se le osservazioni ora accennate sono esatte, venendo meno l'ipotesi del conflitto, il tema della serrata dovrebbe considerarsi estraneo alla presente esposizione.

XII.

DI LIBERTÀ SI PUÒ ANCHE MORIRE

Pubblicato su *Il Tempo* del 20 luglio 1977.

Facevo colazione, nell'autunno del 1945, in un *club* londinese di *Pall Mall*, ospite dell'allora famoso colonnello Stevens (quello che, durante la guerra, da Radio Londra si rivolgeva agli italiani iniziando con l'augurar loro « buona sera ») e, come è mia pessima abitudine, stavo per accendermi una sigaretta in attesa del *dessert*, allorché il mio ospite mi trattenne con cortese fermezza: in quel circolo era vietato fumare nella sala da pranzo. Ma non mi trovavo forse nella terra della libertà, nel paese rimasto immune da ogni contagio totalitario ed anche semplicemente autoritario? Sì, ed appunto per questo — mi spiegava l'ospite — la mia libertà di fumare incontrava il limite della libertà dei non fumatori... La lezioncina non era compresa nel pur nutrito programma di « rieducazione » liberal-democratica predisposto dal *British Council* per la delegazione di giuristi e politologi italiani in pellegrinaggio alla Madre dei Parlamenti, di cui facevo parte, ma mi è rimasta più impressa nella memoria delle molte conferenze e discussioni a cui durante circa un mese ci toccò assistere.

La formuletta dello Stevens esprimeva in realtà molto nitidamente, anche se in termini elementari, quella che — ben oltre le pareti di un circolo — costituisce la regola aurea della libertà (anzi, delle libertà) in un regime, appunto, liberal-democratico. Se la libertà non avesse confini, se le singole libertà giuridicamente garantite agli individui non si limitassero a vicenda, non di libertà dovrebbe parlarsi, ma propriamente di anarchia. Gli uomini, i cittadini vivrebbero allo stato di natura, sottoposti unicamente alla legge del più forte. Per rendere possibile una convivenza civile e politica accettabile a tutti e che tale sia non soltanto di nome, è necessario piegarsi ad ammettere che essere liberi non significa poter fare tutto quello che più ci piace, dando sfogo alle nostre passioni ed ai nostri istinti, ma vuol dire (per riprendere vecchie definizioni, che, nel loro apparente semplicismo, nulla hanno perduto della loro sostanziale validità) poter fare, senza esserne da altri impediti, tutto quel che non sia vietato o prescritto come obbligatorio dalle leggi. Insomma, gira e rigira, è sempre al ciceroniano « *legum servi sumus ut liberi esse possimus* » che si torna: dove il rischio, naturalmente, è che troppe siano le cose vietate od imposte dalle leggi.

Congegni di garanzia.

Contro siffatto rischio si sono venuti però apprestando e progressivamente perfezionando in tutti i paesi civili diversi congegni di garanzia, che, per grandi linee, si riconducono a due istituti. L'uno dei quali, in cui consiste poi l'essenza della democrazia politica, è di far partecipare, per mezzo di loro rappresentanti, alla formazione delle leggi coloro stessi che vi dovranno sottostare. L'altro, insieme accolto nelle costituzioni più moderne a cominciare da quella repubblicana che ci regge, è di sovrapporre alle leggi ordinarie una superlegge, la Costituzione scritta, da quelle non modificabile, attribuendo ai giudici o ad una apposita corte costituzionale il compito di disapplicare od annullare le leggi contrastanti con la Costituzione. Con il che, in buona sostanza, non si fa che *limitare i limiti*, se così è lecito esprimersi, che le leggi potranno imporre alle libertà individuali: alcuni vietandone in modo assoluto; altri subordinando a determinate condizioni o circostanze; i rimanenti tacitamente consentendo.

Si ha quasi ritegno a ripetere queste cose, che dovrebbero tenersi come ovvie e addirittura banali; e proprio in un periodo storico come quello che stiamo attraversando, in cui la libertà, nel nostro Paese ed in genere nell'area occidentale, sembra celebrare i propri massimi trionfi. Ma, attenzione, ché le apparenze possono rivelarsi ingannevoli e un incontrollato tripudio di libertà può segnarne invece a breve scadenza il tramonto. Di libertà si può anche morire, quando si siano superati certi limiti oltre i quali essa si snatura, degradando a licenza, arbitrio individuale, libertarismo, sotto un cielo oscurato dalla totale assenza di valori che la illuminino.

*

Avvertire questi timori e mettere conseguentemente in guardia contro i rischi incombenti non significa affatto incrinare le nostre profonde convinzioni di uomini liberi, che nella libertà ravvisano l'elemento positivo e propulsivo della storia (la storia come « storia della libertà »), e il progresso morale, civile e politico dell'umanità fanno consistere nella crescente estensione e nel costante arricchimento della libertà. Quale bene più prezioso per i popoli e per i singoli uomini? Non si sono forse sopportati sacrifici, intraprese guerre sanguinose, fatte rivoluzioni, per conquistarla e riconquistarla se perduta? Nell'attuale grande dibattito su scala mondiale sui cosiddetti « diritti umani », non mena forse vanto il mondo occidentale di ergersi a tutore

e promotore di libertà, senza nemmeno dissimulare, anzi, una sorta di *complesso di superiorità* per i traguardi di libertà raggiunti negli ordinamenti che politicamente lo caratterizzano?...

Complessi da eliminare.

Ma proprio perché la libertà riveste un così alto significato etico e ci è « sì cara », è necessario depurarla dalle scorie che ne deformano l'immagine: difenderla, per così dire, *da sé medesima*, o meglio dalle tentazioni che le sono potenzialmente implicite. Il radicalismo, per esempio, è — anche storicamente — la tentazione immanente nel liberalismo, che per mantenere intatta la propria sostanza ideale deve saper prenderne le distanze senza « complessi » (questa volta) *di inferiorità*: il che, sia detto tra parentesi, non sempre hanno saputo o voluto fare da noi, in questi anni, i partiti che alla libertà si richiamano, a cominciare da quello che dell'idea liberale dovrebb'essere il naturale depositario.

Non diversamente accade, del resto, per altri valori, come ad esempio l'attaccamento al luogo natìo, che è un sentimento di per sé rispettabile, ma può degenerare in provincialismo e gretto campanilismo; o come l'amor di patria, che è sentimento nobilissimo (e bisogna dare atto che nei paesi dell'area socialista, ed anzitutto nell'Unione Sovietica, è studiosamente coltivato), ma facilmente può degenerare in torbido nazionalismo e peggio.

*

« ... Scrittori religiosi e filosofi — scriveva Arturo Carlo Jemolo — concepiscono la libertà come un attributo superiore dell'uomo, che non può essere disgiunto dalla ragione (...). Tutti i filosofi, gli scrittori politici (...) considerano la libertà come liberazione dalle passioni, dagli istinti, dall'irrazionale: l'uomo libero è quegli che opera secondo ragione ». E il Croce, il filosofo della « religione della libertà », in un passo forse poco noto, ironizzava, bensì sulla paura di cui taluni son presi « quando si parla di libertà piena e illimitata da favorire nell'uomo, ricorrendo col pensiero agli abusi che se ne possono fare da malvagi, da delittuosi, da folli, da fanciulli », ma per poi affrettarsi a chiarire: « quasi che contro costoro o per provvedere a costoro non stiano giudizi e condanne morali da parte della società, sanzioni penali da parte dello Stato, manicomi e altri luoghi di cura e di correzione, scuole e istituti di educazione e via dicendo ». E soggiungeva, per dissipare ogni possibile dubbio superstite, che il discorso sulla li-

bertà si riferisce unicamente a « coloro che hanno un'attività da spiegare e non già agli altri che soggiacciono alla varia passività dello sfrenamento bestiale, della follìa, della puerilità, dell'ignoranza o altro che sia. Ben chiaro dovrebbe essere che solo in riferimento ai primi si afferma che tutti gli ostacoli frapposti al libero fare sono dannosi alla società umana ».

Queste parole, che si leggono ora nel volume *Il carattere della filosofia moderna* (Bari 1942), furono scritte per essere pubblicate in America nell'anno 1939, e da esse traspare evidente la polemica con l'autoritarismo fascista. Ma il Croce non poteva prevedere che, poco più di trent'anni dopo, il popolo italiano sarebbe stato sul punto di smarrirsi nella riacquistata libertà, fino a correre il rischio di perderla un'altra volta, per non averne inteso a pieno il retto significato. Non poteva prevedere che la società civile, per bocca dei suoi pretesi interpreti, non avrebbe emesso giudizi e condanne morali, ma elargito giustificazioni ed incoraggiamenti ai malvagi ed immaturi; che l'efficacia deterrente delle sanzioni penali irrogate dallo Stato (quando pure si riesca ad irrogarle) sarebbe stata vanificata dalle piccole e grandi indulgenze di magistrati e uomini politici, dai frequenti condoni ed amnistie, dalle facili evasioni, dai quotidiani cedimenti al ricatto dei rivoltosi, a tacere della situazione in cui versano manicomi e case di cura e scuole, aperte alle più spericolate sperimentazioni all'insegna di una libertà falsa e suicida.

Due sono i processi convergenti traverso cui l'eccesso di libertà si ritorce contro sé stesso. Per un verso, facendo trionfare l'arroganza dei prevaricatori, che, abusando del sacro nome della libertà, finiscono per sopraffare la libertà degli altri, dei buoni e onesti cittadini, che sono ancora, fortunatamente, la grande maggioranza. Ogni ordine non solo morale, ma giuridico ed economico viene allora progressivamente disgregandosi e la convivenza sociale, una volta infrante tutte le regole, precipita ai livelli più bassi. Un nuovo Medio Evo, come non da oggi qualche acuto politologo ha profetizzato, si affaccia all'orizzonte. Ma una situazione del genere non può non provocare a più o meno breve scadenza la crisi di rigetto. Anche gli uomini più sinceramente amanti della libertà sono indotti ad invocare la restaurazione dell'ordine (al limite, di un ordine purchessia), magari illudendosi che si tratti di un espediente transitorio, che consenta poi di riprendere il cammino sulla strada maestra della libertà.

Non ne abbiamo fatto la esperienza nel 1922? Non insegna davvero nulla la storia, anche la nostra più recente?

XIII.

PLURALISMO

Pubblicato nel volume dallo stesso titolo edito dall'Ufficio stampa della RAI, 1976.

Diffido delle parole di moda, che, senza esser nuove, vogliono apparire tali; che, un tempo, avevano circolazione limitata e significato abbastanza preciso e d'un tratto corrono sulla bocca di tutti, per alludere a cose diverse e comunque non chiaramente determinate. Un tempo, giuristi e storici delle istituzioni politiche sapevano press'a poco che pluralistica era la società feudale, alla quale si contrappose la rivoluzione liberale borghese, con la pretesa addirittura, in un primo momento, di disconoscere qualsiasi formazione sociale intermedia tra lo Stato e i cittadini. Adesso, invece, il pluralismo viene riscoperto come un elemento caratterizzante il nostro vigente ordinamento costituzionale e come un modello di società politicamente avanzata.

La nostra democrazia è pluralistica, si afferma; siamo tutti pluralisti, dice, non senza una sottile ironia, se non m'inganno, Norberto Bobbio. Ma che cosa sia questa democrazia pluralistica che da ogni parte si assume di voler difendere, preservare, e magari anzi potenziare, ben pochi lo sanno (a tutto concedere); e lo dimostrano le discussioni fiorite recentemente al riguardo.

Avanzo subito una prima ipotesi. È possibile che si preferisca oggi parlare di pluralismo, anziché di libertà, e così definire pluralistica la nostra Costituzione, invece di metterne in evidenza la componente « liberale » (senza dubbio presente insieme con quella che si suol dire « sociale ») per semplice timidezza o conformismo, per prender bene le distanze (non si sa mai...) dal liberalismo come partito o come sistema economico (che più correttamente dovrebbe chiamarsi allora « liberismo » — penso alla famosa polemica tra Benedetto Croce e Luigi Einaudi).

Se tutto si riduce a questo, niente di nuovo e di particolarmente originale rispetto a quel che è già il senso della ideologia liberale giunta alla piena maturità. Superata quella prima fase, di contrapposizione polemica nei confronti dell'*ancien régime*, cui ho accennato, il liberalismo, infatti, come teoria e come prassi, è certamente (se così piace dire) pluralistico: lo è davvero e conseguentemente, fino al punto estremo (che ha dato luogo a critiche e riserve) di garantire la libertà anche ai nemici della libertà (rammento uno scritto di Arturo Carlo Jemolo, nel volume *I problemi pratici della libertà*).

E perciò libero sviluppo della persona umana in tutte le sue possibili manifestazioni: libertà del pensiero e della cultura, di insegnamento e di scuola; pluripartitismo, libertà di associazione (e quindi, libertà sindacale), pluralità delle fonti di informazione... Se è questo che si intende, la democrazia instaurata, o restaurata, dalla Costituzione è una democrazia pluralistica, come ogni moderna democrazia occidentale.

C'è poi una seconda ipotesi interpretativa, più maliziosa; ed è che si preferisca discorrere di pluralismo per insinuare surrettiziamente un elemento differenziale tra pluralismo e libertà, che ne farebbe due principî sostanzialmente diversi. Una pluralità può essere numerata e delimitata; può avere assegnata un'area più o meno ampia (e restringibile *à merci*) di esplicazione, ma sempre entro certi confini (a loro volta, mobili) che ne circoscrivono l'ambito. Non così la libertà.

È possibile, ad esempio, un pluripartitismo nel quadro di un « regime » e dei relativi principî informatori (il cosiddetto «arco costituzionale » rappresenta un tentativo in questa direzione); si può avere pluralismo sindacale in un sistema nel quale le categorie produttive e professionali siano prefigurate dall'alto, come pure in un sistema che, privilegiando — in fatto — le organizzazioni sindacali che presentino certi connotati politici, scoraggi le iniziative « diverse », incentivando artificiosamente l'adesione a quelle cui viene largito il crisma della semiufficialità. Si può avere pluralità di indirizzi culturali, purché siano tutti sottospecie di un solo orientamento di fondo, che non è detto che si manifesti sempre dichiaratamente come politico (può anche atteggiarsi come puramente metodologico o dottrinario, senza che per questo il limite sia meno un limite). E via seguitando.

Ora, in casi come quelli che ho schematicamente indicati, c'è pluralismo ma non c'è libertà; perché questa non tollera dogmi né religiosi né di Stato né ideologici, non tollera indirizzi precostituiti e privilegiati, non tollera altri limiti che il rispetto dell'altrui libertà e l'osservanza delle leggi.

Infine, la terza ipotesi, che trova riscontro, purtroppo, da alcuni anni a questa parte, nella realtà: si parla di pluralismo nel senso del pluralismo estremo, radicale, che, nel campo del costume, sfocia nel libertarismo e, sul piano politico, confina con l'anarchismo.

In questa accezione deteriore, che si ricollega bensì alla prima, di stampo liberale, ma come la caricatura si ricollega all'originale,

pluralismo significa l'erompere, tumultuoso e svincolato da ogni limite, dei particolarismi individuali e di gruppo; la privatizzazione della sovranità, che tende a frantumarsi in una molteplicità di centri di potere, ora tra loro confliggenti, ora alleati, lo Stato riducendosi al ruolo malinconico di mediatore inerme, e più spesso di inerme spettatore, dei loro contrasti e della loro arroganza: alla mercé esso stesso delle baronie pubbliche, semipubbliche e private di volta in volta più forti.

A questo punto, la scelta diventa drammatica. Giacché, rispetto ad una simile degenerazione della libertà, può apparire persino preferibile il « pluralismo limitato » della ipotesi che ho prospettato per seconda; ma al prezzo di recidere le linfe della libertà. Mentre è innegabile che il « pluralismo liberale », di cui alla prima ipotesi, reca in sé il germe delle aberranti manifestazioni e rivendicazioni del pluralismo estremo (anche il radicalismo, si sa, ha storicamente la sua matrice nell'ideologia liberale). Fatto sta che ci ritroviamo, nell'ultimo scorcio del ventesimo secolo, di fronte agli antichi problemi della conciliazione tra libertà e autorità, della libertà e dei suoi limiti. Come l'autorità non è (non dev'essere) arbitrio, così la libertà non deve degradare a licenza. Non c'è libertà degna di essere amata e difesa senza la luce di valori spirituali. Ma come ricostruire una tavola di valori nei quali tutti possano e debbano riconoscersi, oggi, nell'età della « secolarizzazione »?

XIV.

STATO DEMOCRATICO E SOCIETÀ, OGGI

Relazione introduttiva al X Incontro della Fondazione Gioacchino Volpe (26-28 marzo 1982), pubblicata nei relativi *Atti* e in *Iustitia*, 1982.

1. Il tema centrale di questo « Incontro » reca nella sua formulazione, della quale personalmente non ho alcun merito come alcuna responsabilità, una duplice indicazione, che mi pare debba valere a circoscrivere il dibattito e — soprattutto, per quanto più direttamente mi concerne — a mantenere entro ragionevoli confini di tempo e di spazio questa (come, per l'appunto, spero) breve mia relazione introduttiva.

In primo luogo, infatti, nella proposizione del tema emerge netta la distinzione tra *lo Stato* (« democratico ») e *la società*, di cui esso costituisce (o dovrebbe costituire) unitaria espressione. Distinzione che non significa separazione, ma relazione dialettica, dove l'accento di volta in volta cade ora sul primo, ora sul secondo termine; ora sul momento unitario ora sul momento del molteplice; ora sull'autorità ora sulla libertà. In secondo luogo, assume un suo rilievo, nella formulazione del tema, il riferimento temporale (« Sta to democratico e società, *oggi* », è detto testualmente — e forse non sarebbe stato male soggiungere anche un riferimento specifico allo Stato italiano): con il che si allude a determinate peculiarità che quella relazione fondamentale assume ai nostri giorni, che si presumono pertanto — e sono, infatti — diverse da quelle che la caratterizzavano in epoche trascorse (o che la caratterizzano altrove).

La premessa dei nostri discorsi, dunque, è che Stato e società *non sunt idem*, anche se tendenzialmente *faciunt idem* (altrimenti non saremmo qui a parlare di Stato « democratico »); che il loro complesso rapporto presenta attualmente — « oggi », e specie in Italia — aspetti problematici, nei quali si riflette, senza però in essi esaurirsi, la grande crisi (dello Stato, della società, del diritto) che travaglia il nostro tempo.

2. Vero è, peraltro, che lo « Stato moderno » (che ancor oggi dobbiamo ritenere costituisca il « tipo » entro il quale, anche se non senza qualche crescente difficoltà, si inquadra lo Stato dei nostri giorni, ad un tempo Stato « di diritto » e Stato « sociale ») si configura più spesso, specie nella ideologia politica che ne accompagna il primo affermarsi e nella successiva elaborazione concet-

tuale della grande dottrina giuspubblicistica venutasi sviluppando a cavallo dei due secoli, come l'espressione giuridicamente unitaria della collettività, « È sorto lo Stato moderno, che appare come una unità associativa costituzionalmente organizzata », secondo le ben note parole di Giorgio Jellinek: superamento — come questi ribadiva — dell'antico dualismo tra *rex* e *regnum*, tra soggetto sovrano e collettività governata. Quest'ultima (che la si chiami, con locuzione tecnicamente propria della scienza giuridica, e forse sottolineandone la struttura atomistica, « popolo »; ovvero, più genericamente, sottolineandone piuttosto l'intrinseca complessità e articolazione, « società ») diventa, accanto al territorio ed all'organizzazione autoritaria, uno tra gli « elementi costitutivi » dello Stato, nel quale esclusivamente si impersona. « Nello Stato — scriveva il Gerber — un popolo riceve l'ordinamento giuridico della propria vita collettiva... Nello Stato un popolo perviene come tutto moralmente unico al riconoscimento e al concetto giuridico ».

Ed a sua volta, Santi Romano, nelle celebre prolusione del 1910, che, fin dal titolo, sembra collocarsi sullo spartiacque tra l'apogeo dello Stato moderno e l'inizio del suo graduale declino (« *Lo Stato moderno e la sua crisi* »), dopo aver rammentato come fosse ormai lontano lo Stato medievale (« le cui diverse parti ... spesso lottanti tra loro, non avevano mai potuto fondersi in una completa unità »), così ci descrive il *proprium* dello Stato moderno: « Mediante una lunga serie di avvenimenti e attraverso infinite e sottili modificazioni nella compagine intima della società, così d'ordine economico come d'ordine morale, viene consolidandosi e imponendosi il principio (...) che lo Stato, rispetto agli individui che lo compongono e alle comunità che vi si comprendono, è un ente a sé che riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta (...) di fronte ai quali si erge con una personalità propria, dotata di un potere che non ripete se non dalla sua stessa natura e dalla sua forza, che è la forza del diritto (...). Soltanto così esso sorpassa la caduca esistenza degli individui, pur essendo composto di uomini; si leva al di sopra degli interessi non generali, contemperandoli e armonizzandoli; si pone nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un'intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione, di fini, momenti ed energie diverse, di cui esso è comprensiva e tipica espressione ».

3. Tutto ciò, peraltro, fatta dunque parziale eccezione per il Romano (che tuttavia, pur avendo fino dal principio del secolo intuito i primi segni della crisi dello Stato, individuandoli nel nascente movimento sindacale, seguitò poi nel suo insegnamento ad attenersi alla definizione unitaria di Stato come « *ente* » o « *ordinamento territoriale sovrano* ») si rivela, non appena analizzato un poco più a fondo, troppo semplice ed in certo senso elusivo. È piuttosto il « dover essere » dello Stato, che non lo Stato nella sua esistenza reale (a non parlare, figuriamoci, dello Stato italiano dei nostri giorni...) che campeggia nella dottrina tradizionale. Ma già in concezioni coeve di quelle di uno Jellinek, ad es., o di un Gerber o di un Laband, particolarmente vivaci in Francia (penso a un Duguit...), ma autorevolmente presenti anche nella letteratura di lingua tedesca e italiana, l'astratta entificazione unitaria dello Stato come sintesi dei famosi « elementi costitutivi » incontra critiche penetranti, a volte eccessive, ma sempre suggestive ed illuminanti.

Lo stesso Jellinek, nel passo poc'anzi riferito, dopo avere celebrato l'avvento dello Stato moderno, come « unità associativa », ammetteva peraltro che l'originario dualismo « ha lasciato tracce durevoli e incancellabili » (quali, a suo dire, i diritti individuali concepiti quali limiti ai poteri dello Stato, il carattere sostanzialmente pattizio delle costituzioni scritte, l'esistenza nelle forme monarchiche di due organi immediati, Capo dello Stato e Parlamento...). Ma la prima e più rilevante di codeste tracce sta, devo aggiungere, proprio nel carattere « rappresentativo » che qualifica essenzialmente lo Stato moderno, articolandosi in apposite strutture (le c.d. « istituzioni rappresentative »), variabili nel tempo e nello spazio, ma di solito concretantisi nel fare eleggere i governanti (o una parte dei governanti) dai governati, di guisa che questi ultimi siano bensì sottoposti al potere statale, ma ad un potere al cui esercizio direttamente o indirettamente hanno concorso e concorrono. Che è poi — sia detto per inciso — il solo, serio (e vecchio) significato che sia lecito attribuire alla parola « partecipazione », oggi ossessivamente ricorrente nel linguaggio comune, scientifico e perfino legislativo. Non si sono forse, da sempre, definiti (e differenziati da altri diritti) i diritti politici come diritti « *di partecipazione* », diretta o indiretta (sottinteso: al potere)?...

Ma dire che lo Stato è *rappresentativo* (ovviamente, di qualcuno o di qualcosa: del popolo o della società di cui è espressione o comunque, in termini rozzamente semplicistici, dei governati,

che ne costituiscono l'elemento personale) siginfica escludere, nell'atto stesso di affermarla, quella astratta unità di Stato e società dalla quale partiva la concezione tradizionale. In tanto può parlarsi di Stato rappresentativo; in tanto — soprattutto — possono escogitarsi strutture idonee a realizzarne in qualche misura siffatto carattere rappresentativo, in quanto quel che si rappresenta (il « rappresentato ») non si identifichi senz'altro con il rappresentante: in quanto, cioè, la collettività rappresentata sia distinta dallo Stato, ed in un certo qual modo, anzi, rispetto ad esso *esterna*.

4. Si rende a questo punto necessario introdurre una distinzione lessicale, che può sembrare, ma non è, una mera sottigliezza. In realtà la parola Stato ha due significati, tra loro non coincidenti, riferendosi a due diversi fenomeni dell'esperienza politica reale. Quando si definisce lo Stato come società politica organizzata, insieme di governanti e governati, nella loro relazione dialettica, la parola viene assunta in senso largo: Stato-società o Stato-comunità od anche, se si preferisce, Stato-ordinamento. È allo Stato così inteso, allo Stato, cioè, in senso largo, che si riferisce storicamente l'idea dello Stato-patria (l'Italia, la Francia, e via dicendo).

In senso stretto, invece, Stato è l'organizzazione governante (il più spesso, almeno nel complesso dei suoi elementi essenziali e preminenti, atteggiantesi in forma unitaria e giuridicamente personificata: lo Stato-persona, allora), che costituisce il nucleo centrale aggregante del fenomeno statale complessivo: lo Stato che legifera, amministra giustizia, impone tributi, promuove il soddisfacimento degli interessi generali. Questo sta a quello un po' come il centro alla circonferenza ed ha quel tal carattere rappresentativo nel quale, modernamente, trova il titolo sostanziale della propria legittimazione.

Se questa seconda accezione, restrittiva, è quella più cara alle scuole « realistiche » (lo Stato-forza, lo Stato identificato con i detentori del potere...), bisogna affrettarsi ad aggiungere, doverosamente, che nulla peraltro vi è di mistificante in quella prima, più lata e comprensiva, accezione: dell'una come dell'altra l'osservazione storica e la stessa testimonianza della coscienza comune ci attestano quotidianamente la concreta realtà. Vero è soltanto che, nella più diffusa dottrina, la nozione dello Stato-società (o Stato in senso largo) finisce involontariamente per dissimulare nelle sue pieghe che l'identificazione tra i due aspetti del fenomeno, e cioè l'identità di

governanti e governati, non è *un dato* ma *un processo*, che costituisce in realtà il problema della democrazia: problema sempre aperto e destinato storicamente a restare tale, perché quel processo altra conclusione non potrebbe avere che l'estinzione dello Stato-governo, e cioè paradossalmente la pura e semplice eliminazione di uno dei dati del problema e, dunque, dello stesso problema.

Vero è, perciò, come da taluno è stato ritenuto, che, ai giorni nostri, con il crescente sviluppo delle istituzioni democratiche, la distinzione — anche concettuale — tra i due momenti o aspetti del fenomeno statale complessivo tende ad attenuarsi, ma (bisogna affrettarsi a precisare) persistendo tuttavia nei suoi termini essenziali e irriducibili l'uno all'altro. Giacché, per quanto l'organizzazione statale (largamente intesa), e segnatamente quella amministrativa, vada sempre più facendosi articolata, territorialmente e settorialmente, e sempre più aprendosi (con il subentrare di organi collegiali elettivi ad organi burocratici od in altre possibili forme) alla partecipazione attiva degli amministrati, quel nucleo centrale autoritativo cui poco sopra si accennava (esprimentesi nelle manifestazioni supreme e necessariamente unitarie del potere politico) permarrà pur sempre distinto e contrapposto alla collettività attorno ad esso organizzata: la legge, la sentenza, il provvedimento cui si deve prestare esecuzione e obbedienza (salvo resistergli nelle forme legali) non potranno mai perdere il carattere intrinsecamente proprio dell'eteronomia, comunque alla loro formazione abbiano, direttamente o indirettamente, concorso i cittadini. Il processo di sviluppo della democrazia incontra, dunque, un limite, per dir così, *naturale*, che consiste nella esistenza di uno Stato. Una completa dispersione dell'autorità nel corpo sociale implicherebbe inevitabilmente la totale disgregazione anche di quest'ultimo.

È qui che si innesta — come ho già avvertito — la figura della « rappresentanza politica », essendo impensabile, in uno Stato che abbia le dimensioni e la complessità anche del più piccolo degli Stati dei nostri giorni, l'autogoverno diretto dei cittadini adunati nelle pubbliche piazze. A patto però che si riesca a dare alla rappresentanza politica una effettiva, e non illusoria, consistenza (è noto che, in proposito, la dottrina, fin dall'avvento dello Stato moderno rappresentativo, oscilla tra i due estremi della *rappresentanza come realtà* e della *rappresentanza come finzione,* coagulandosi in prevalenza intorno a soluzioni intermedie).

Anche quella che parrebbe essere la chiave di volta del rapporto tra Stato-persona e Stato-società può costituire, dunque, già di per sé, un problema, una delle difficoltà del quale è data dalla persistente tradizione dei testi costituzionali, a partire dalla Francia rivoluzionaria (e sino alla nostra Costituzione repubblicana vigente), di riferire le istituzioni rappresentative *alla nazione*, nella sua continuità storica, anziché al popolo vivente, con il conseguente divieto di qualsiasi « mandato », vanificando cosí in larga misura quel rapporto tra elettori ed eletti che dovrebbe starne a fondamento.

5. Non rientra nei limiti di questa mia relazione introduttiva affrontare neppure di scorcio questo problema, che sarà oggetto, domani, della relazione del Prof. Bagolini. Mi sia tuttavia consentito rammentare l'opinione, altre volte da me espressa, che la nostra Costituzione, muovendo dalla sovranità popolare (art. 1) e dal riconoscimento dei partiti (art. 49), quali strumenti attraverso cui i cittadini concorrono alla determinazione della politica nazionale, sembra riferire la rappresentanza politica al popolo vivente; mentre il principio dell'art. 67, secondo cui i membri del Parlamento rappresentano la nazione, « senza vincolo di mandato », si configura piuttosto come limite a possibili implicazioni estreme che volessero trarsi dal principio della sovranità popolare e — ad un tempo — come canone deontologico per le assemblee parlamentari ed i loro componenti, che debbono sempre promuovere (pur nelle sue diverse interpretazioni) l'intresse generale del Paese, e non farsi portatori di interessi particolaristici.

Certo è, comunque, che, oggi, i partiti essendo ad un tempo i *grandi eletti* e i *grandi elettori*, il problema della rappresentanza nazionale può considerarsi in larga misura superato. Il che non toglie che, ovviamente, le istituzioni rappresentative non si sottraggano esse stesse alla crisi generale del sistema. Tutt'altro!

Abbiamo assistito, nel 1968 e dintorni, nell'àmbito di settori formalmente privatistici, ma sostanzialmente di spiccato rilievo politico, quali l'impresa e i rapporti di lavoro, al rifiuto (teorizzato) della delega, in nome di una mitizzata partecipazione diretta ad assemblee tumultuose e prevaricatrici; assistiamo giornalmente, nei medesimi settori, al frequente conferimento di deleghe imperative e alla prassi, ormai generalizzatasi, della ratifica da parte di una « base » (disordinatamente consultata, senza reali garanzie per i dissenzienti) dell'operato dei « rappresentanti »...

Se, dal canto suo, la Costituzione ha dato la massima estensione al criterio elettivo per l'accesso ai pubblici uffici, introducendo per di più ad integrazione della rappresentanza politica l'istituto del *referendum*, nelle sue varie forme, nell'intento di conferire più salde radici popolari allo Stato-persona, è tuttavia un dato di esperienza il tasso crescente di assenteismo e di schede bianche o nulle nelle più recenti consultazioni: segno non equivoco di sfiducia negli stessi partiti e di disaffezione per le istituzioni.

A sua volta, la legislazione postcostituzionale è andata ulteriormente aumentando la serie degli organi — anche meramente amministrativi — a struttura elettiva, spesso in funzione di rappresentanze tipicamente settoriali e particolaristiche (dai consigli circoscrizionali, alle rappresentanze delle Forze armate, ai consigli scolastici provinciali e di istituto): in molti casi, a detrimento della efficienza operativa e talora (certo contro le intenzioni) con il risultato oggettivo di favorire spinte corporative e connesse tendenze centrifughe, che, sotto l'etichetta nobilitante del « pluralismo », costituiscono la più grave minaccia per l'unità dello Stato (e uso qui la parola nel senso più largo, per riferirmi così alla società come all'organizzazione politica statale).

Giacché, per quanto possa sembrare paradossale, il vero problema, che la realtà odierna pone in termini drammatici, non è più tanto quello della identificazione (diciamo così « verticale ») tra Stato-persona e Stato-società, quanto, in primo luogo, di ripristinare e tener ferma la distinzione tra quel che è dello Stato e quel che è della società civile, tra il pubblico e il privato. Se, nel lontano 1910, il Romano poteva presagire nel dilagare del sindacalismo (ed al tempo stesso, nella inadeguatezza dell'organizzazione dei pubblici poteri a farvi fronte) il maggior fattore di crisi dello Stato moderno, ben più numerose sono — oggi — le forze, di varia origine e natura, che a loro volta erompono dalla società civile, concorrendo a frantumarla in una molteplicità di gruppi (talora travalicanti dai confini nazionali) ora alleati ora tra loro confliggenti, che tendono ad accaparrarsi quote sempre più consistenti del potere statale, specialmente nell'area dei rapporti economici.

Di guisa che alla pubblicizzazione dell'economia, per effetto dell'interventismo statale che caratterizza questo cinquantennio, si contrappone uno sorta di privatizzazione surrettizia della politica (al limite, nella misura in cui ancora possiamo adoperare questa parola, della stessa sovranità): lo Stato riducendosi al ruolo malinconico di

mediatore inerme, se non di inerme spettatore, dei conflitti tra categorie e gruppi di potere (privati, pubblici o semipubblici che siano).

Contraddittoriamente, la società attuale (altro paradosso), da un lato, molto chiede e si attende dallo Stato, ma dallo Stato (oltre che garante di un minimo di sicurezza della convivenza contro la delinquenza) dispensatore di benefici, sovvenzioni, finanziamenti (Stato-carabiniere, insomma, e Stato-provvidenza); ma, d'altro lato, esprime sia pur confusamente il rifiuto dello Stato (dello Stato come valore etico, come potere unitario ed unificante, che sia in grado, nelle forme di volta in volta consentite dall'ordinamento giuridico, di dire la parola definitiva, facendo prevalere l'interesse generale).

INDICE-SOMMARIO

		pag.
Presentazione		v
I.	La continuità dello Stato .	1
II.	Le norme « programmatiche » della Costituzione	53
III.	La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)	89
IV.	Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia	147
V.	Partiti, Parlamento, Governo .	207
VI.	Giustizia costituzionale e potere legislativo .	227
VII.	Vicende della « questione regionale »	247
VIII.	Assemblearismo e Costituzione .	267
IX.	Ombre e luci della Costituzione	277
X.	La nostra Costituzione è potenzialmente socialista? .	291
XI.	Diritto al lavoro, diritto di sciopero, libertà di organizzazione sindacale: diritti (fondamentali) concorrenti	299
XII.	Di libertà si può anche morire .	317
XIII.	Pluralismo	323
XIV.	Stato democratico e società, oggi .	329